UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

Thèse pour l'obtention du titre de docteur en droit

Le contrat à titre gratuit

Présentée et soutenue publiquement le 27 juin 2023 par
Floriane PANSU

JURY

M. Grégoire LOISEAU
Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Paris I), directeur de recherches

Mme Garance CATTALANO
Professeur à l'Université d'Orléans

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

M. Thomas GENICON
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Mme Anne-Marie LEROYER
Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Paris I)

L’Université n’entend donner ni approbation ni improbation aux idées émises dans les thèses. Ces idées doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont à Monsieur le professeur Grégoire Loiseau pour sa bienveillance, sa grande disponibilité et ses conseils toujours éclairés. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma profonde gratitude.

Je remercie ensuite Mesdames et Messieurs les professeurs Garance Cattalano, Anne-Marie Leroyer, François Chénedé et Thomas Genicon pour m'avoir fait l'honneur de siéger dans mon jury de soutenance.

Merci du fond du cœur à mes relecteurs, quel que soit le stade auquel ils m'ont accompagnée : Églantine, David, Ingrid, Lilian, Marion et Romain.

Que soient remerciés les compagnons de ma recherche, grâce auxquels je n'ai presque pas vu le temps passer : Annette, Elio, Emma, Flora, Liane, Marie, Mathilde, Olivier, Oscar, Sarah, Thomas.

Merci à l'équipe du cabinet Boulloche - Colin - Stoclet, et tout particulièrement à Maître Mathieu Stoclet, pour leur accueil chaleureux, leurs encouragements et leur flexibilité.

Je tiens encore à remercier ma famille, spécialement mes parents. Je souhaite qu'ils voient dans l'aboutissement de ce travail un témoignage du désir d'apprendre et de la détermination que leur éducation m'a transmis.

Merci enfin à Joseph pour sa patience et l'évasion partagée, trimestrielle puis quotidienne.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Act.	Actualité(s)
Adde	Ajouter
Aff.	Affaire
AJ contrat	Actualité juridique contrats d'affaires. Concurrence - distribution
AJ fam.	Actualité juridique famille
AJDI	Actualité juridique de droit immobilier
Al.	Alinéa(s)
Art.	Article(s)
Ass. plén.	Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
BGB	*Bürgerliches Gesetzbuch* (code civil allemand)
BJS	Bulletin Joly Sociétés
Bofip	Bulletin official des Finances publiques
Bull. Ass. plén.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
Bull. mixte	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre mixte
c.	Contre
CA	Arrêt de cour d'appel
CAA	Arrêt de cour administrative d'appel
CE	Arrêt du Conseil d'État
Chron.	Chronique
Civ. 1re	Arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2e	Arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3e	Arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	Collection
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm. com. électr.	Communication, commerce électronique
comm.	Commentaire(s)
comp.	Comparer
concl.	Conclusions
Cons. const.	Décision du conseil constitutionnel
Contra	Solution ou opinion contraire
Contrats, conc., consom.	Contrats, Concurrence, Consommation
Crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
DA	Dalloz analytique
Defrénois	f général du notariat Defrénois
DH	Dalloz hebdomadaire
dir.	Sous la direction de
doctr.	Doctrine
DP	Dalloz périodique
Dr. & patr.	Droit & patrimoine mensuel
Dr. famille	Droit de la famille
Dr. fisc.	Droit fiscal
Dr. soc.	Droit social

Dr. sociétés	Droit des sociétés
et al.	*Et alii*, et autres
etc.	*Et caetera*
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
ibid.	*Ibidem*, au même endroit
in	Dans
infra	Ci-dessous
IR	Informations rapides
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP	Semaine juridique
JCP E	Semaine juridique édition entreprise et affaires
JCP G	Semaine juridique édition générale
JCP N	Semaine juridique édition notariale
JOAN	Journal officiel Assemblée nationale
jur.	Jurisprudence
L. Rev.	Law Review
LEDC	L'Essentiel droit des contrats
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
loc. cit.	*Loco citato*, à l'endroit cité
LPA	Les Petites Affiches
Mixte	Arrêt de chambre mixte de la Cour de cassation
n°, n^{os}	Numéro, numéros
obs.	Observations
op. cit.	O*pere citato*, dans l'ouvrage cité
ord.	Ordonnance
p.	Page(s)
pan.	Panorama de jurisprudence
préc.	Précité(es)
préf.	Préface
postf.	Postface
prot.	Protocole
PUAM	Presses universitaires d'Aix Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
PUR	Presses de l'Université de Rennes
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
rapp.	Rapport
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier. Urbanisme – construction
RDSS	Revue de droit de la sécurité sociale
rééd.	Réédition
Req.	Chambre des requêtes
Resp. civ. et ass.	Responsabilité civile et assurances
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJO	Revue juridique de l'Ouest
RJPF	Revue Juridique Personnes et Famille
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires

RLDC	Revue Lamy Droit Civil
RLDI	Revue Lamy Droit de l'Immatériel
RRJ	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Sirey
s.	Suivant(e)s
Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
somm.	Sommaires commentés
spéc.	Spécialement
supra	Ci-dessus
TLFi	Trésors de la langue française informatisés
TGI	Jugement de tribunal de grande instance
th.	Thèse
v.	Voir
vol.	Volume

SOMMAIRE

Première partie
Le caractère bienfaisant de l'accord gratuit

Titre premier - Défense de la conception bienfaisante de la gratuité
Chapitre premier - La relativité historique et axiologique de la conception abstraite de la gratuité
Chapitre second - La prise en compte des motifs de l'engagement dépourvu de contrepartie équivalente

Titre second - Éléments caractéristiques de la gratuité bienfaisante
Chapitre premier - L'avantage volontairement consenti
Chapitre second - L'intention bienfaisante

Seconde partie
La qualification contractuelle de l'accord gratuit

Titre premier - La force obligatoire de l'accord gratuit
Chapitre premier - Gratuité et force obligatoire du contrat
Chapitre deuxième - La garantie des fondements de la force obligatoire
Chapitre troisième - La portée de la force obligatoire des accords gratuits

Titre second - La source contractuelle des effets afférents à la prestation gratuite
Chapitre premier - Gratuité et source contractuelle des effets juridiques afférents à la prestation gratuite
Chapitre deuxième - Le contrat à titre gratuit, source de l'absence de rémunération ou d'indemnisation de la prestation
Chapitre troisième - Le contrat à titre gratuit, source des effets afférents à la prestation

INTRODUCTION

1. L'article 1107 du code civil dispose : « *Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure*. *Il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie*. » Ce texte, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, consacre la notion de « *contrat à titre gratuit* ». L'ordonnance a, sur ce point, modifié les textes du code civil de 1804. Celui-ci prévoyait, dans son article 1105, une catégorie nommée « *contrat de bienfaisance* » désignant le contrat « *dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit*. » La catégorie des contrats à titre gratuit recouvre quatre contrats désignés par le code civil : la donation, d'une part, et le prêt, le dépôt et le mandat gratuits, d'autre part. Ces contrats constituent la traduction juridique d'opérations socio-économiques consistant dans l'accomplissement de prestations gratuites : le transfert de propriété d'un bien, le transfert temporaire de la jouissance d'un bien, la conservation temporaire d'un bien et l'accomplissement d'actes au nom et pour le compte d'autrui.

2. Nous incluons dans la catégorie des contrats à titre gratuit le contrat par lequel une personne s'engage gratuitement à fournir un service autre que le prêt, le mandat ou le dépôt. Ce contrat n'est pas nommé dans le code civil. Celui-ci ne contient que le contrat du louage de service[1] au sujet duquel la Cour de cassation a jugé que le prix constituait un élément essentiel[2]. Ainsi, le contrat relatif à un service gratuit autre que le prêt, le mandat ou le dépôt constitue, en droit positif, un contrat innommé. Deux avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux, en date de juin 2020 et mai 2022, proposent de consacrer cette catégorie dans le code civil[3]. L'offre de réforme de l'association Henri Capitant substitue au contrat de louage de service le contrat de prestation de service et précise que ce contrat « *peut être conclu à titre onéreux ou à titre gratuit*[4] ». L'avant-projet de réforme de la commission Stoffel-Munck adopte le terme de

1 Article 1779 du code civil : « *Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie : 1° Le louage de service ; 2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises ; 3° Celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés.* »

2 Civ. 3e, 17 décembre 1997, no 94-20.709, *Bull. civ.* III, no 226 : « *Vu l'article 1710 du code civil ; Attendu que le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ». Voir aussi : Civ. 3e, 19 janvier 2022, no 20-22.059, inédit.

3 Sur ces avant-projets, voir *infra*, no 95.

4 Article 71 de l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'association Henri Capitant. Sur cet avant-projet, voir *infra*, no 95.

contrat d'entreprise et prévoit que celui-ci « *peut être gratuit ou onéreux*[5] ». À ces termes, non encore consacrés en droit positif, nous préférerons celui d'assistance bénévole. En effet, la Cour de cassation retient depuis 1959 que l'accord entre deux personnes portant sur une prestation gratuite d'assistance constitue une convention d'assistance bénévole[6]. La convention d'assistance bénévole est reconnue principalement en cas de « coup de main ». Par exemple, l'accord conclu entre le passant qui, constatant qu'un tracteur est enlisé sur le bas-côté, propose son assistance, et le conducteur, constitue une convention d'assistance bénévole[7]. À défaut d'autre catégorie nommée en droit positif, elle nous paraît pouvoir accueillir l'ensemble des contrats portant sur un service gratuit autre que le prêt, le mandat ou le dépôt[8].

3. Nous utiliserons les termes de « concédant » pour désigner celui qui procure un avantage à autrui, et de « bénéficiaire », pour indiquer celui qui le reçoit. La gratuité suppose la fourniture d'un avantage par une personne à une autre. Ces personnes sont désignées par des termes distincts selon la nature de l'avantage fourni : donateur et donataire, prêteur et emprunteur, mandant et mandataire, dépositaire et déposant, caution et débiteur principal. Toutefois, les personnes concernées par le contrat à titre gratuit relèvent de deux catégories principales, qui peuvent être désignées selon une terminologie employée par Jacques Michel dans sa thèse ayant pour titre *La gratuité en droit romain*[9] : le « concédant », qui fournit à l'autre un avantage sans contrepartie équivalente, et le « bénéficiaire », qui reçoit cet avantage.

4. Le point de vue du contrat à titre gratuit invite à appréhender ensemble la donation et les contrats de services gratuits. La donation est habituellement envisagée au sein du droit des libéralités et des successions, lequel relève du droit patrimonial de la famille. Elle a donné lieu à un volume important de contentieux et de doctrine. Seule ou avec le testament

5 Article 1756 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck. Sur cet avant-projet, voir *infra*, n° 95.

6 Voir par exemple : Civ. 1re, 27 mai 1959, *Bull. civ.* I, n° 271 ; Civ. 1re, 8 novembre 1977, n° 76-11.518, *Bull. civ.* I, n° 406 ; Civ. 1re, 19 janvier 1999, n° 96-22.235, inédit ; Civ. 1re, 13 juin 2006, n° 04-19.344, inédit ; Civ. 1re, 5 mai 2021, n° 19-20.579, *Bull. civ.* I, p. 305 ; *D.* 2021. 1803, note D. GALBOIS-LEHALLE ; *RTD civ.* 2021, p. 653, obs. P. JOURDAIN ; *Gaz. Pal.* 21 septembre 2021, n° 32 p. 31, obs. V. MAZEAUD ; *RDC* septembre 2021, p. 17, note J. KNETSCH ; *D.* 2022. 35, chron. O. GOUT ; *JCP G* 2021, act. 606, note Y.-M. SERINET ; *Contrats, conc., consom.* 2021, comm. 111, comm. L. LEVENEUR ; *Resp. civ. et assur.* septembre 2021, comm. 140, comm. C. RADÉ ; *Gaz. Pal.* 21 septembre 2021, p. 24, note V. MAZEAUD ; *Gaz. Pal.* 6 juillet 2021, p. 21, note A. STEVIGNON ; *RLDC* novembre 2021, p. 34, chron. V. FORTI ; *RLDC* septembre 2021, p. 13, note O. ROBIN-SABARD ; *JCP G* 2021, act. 606, comm. Y.-M. SERINET.

7 Civ. 1re, 27 mai 1959, *Bull. civ.* I, n° 271, cite nbp précédente.

8 Voir *contra*, distinguant la convention d'assistance bénévole et le « petit contrat d'entreprise » : R. LIBCHABER, note sous Civ. 1re, 18 janvier 2023, *RDC* juin 2023, n° RDC201l0.

9 J. MICHEL, *La gratuité en droit romain*, Université Libre de Bruxelles, 1962.

au sein de la catégorie des libéralités, elle fait régulièrement l'objet d'études d'ensemble[10]. Cet intérêt est justifié. La qualification de donation emporte des conséquences successorales ainsi que l'application de droits de mutation[11]. La donation fait donc l'objet d'une pratique notariale et plus généralement d'ingénierie patrimoniale.

5. Le prêt, le mandat et le dépôt sont étudiés, quant à eux, en droit des contrats spéciaux. Comparativement, ils ont suscité moins de jurisprudence et d'analyses doctrinales[12], tant seuls qu'au sein de la catégorie des contrats de services gratuits [13].

6. Le présent travail ne tend pas à remédier à ce déséquilibre, mais à adopter le prisme, plus général, des contrats à titre gratuit, embrassant d'un même regard donation et contrats de services gratuits. Une telle démarche n'est pas inédite. Elle a notamment été adoptée par Jean-Jacques Dupeyroux dans sa thèse déterminante sur « *la théorie générale de l'acte à titre gratuit*[14] » publiée en 1955. L'ancienneté de ce travail justifie que le sujet soit de nouveau abordé. Il ne s'agit pas pour autant d'appréhender la gratuité dans tous les domaines du droit,

10 J. HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités*, th. Paris, 1920 ; P. TIMBAL, *Des donations rémunératoires en droit romain et en droit français*, Société méridionale d'impression, 1924 ; A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, th. Dijon, 1946 ; M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, th. Toulouse, 1945 ; F. GRUA, *L'acte gratuit en droit commercial*, th. Paris I, 1978 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1985 ; J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, préf. B. Teyssié, LGDJ, 1989 ; C. RIEUBERNET, *Les donations entre époux : étude critique*, préf. José Vidal, Defrénois, 1997 ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, La Mouette, 2000 ; N. PETERKA, *Les dons manuels*, préf. P. Catala, LGDJ, 2001, n° 31 ; S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, préf. E. Putman, PUAM, 2006 ; C. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, th. Paris II, 2012 ; S. DEVILLE, *L'objet de la libéralité*, préf. M. Nicod, Defrénois, 2012 ; J. BOISSON, *Les libéralités à caractère collectif*, préf. M. Grimaldi, Defrénois, 2018 ; F. HARTMAN, *La notion de libéralité*, préf. A.-M. Leroyer, IRJS éditions, 2020.

11 La doctrine, tant administrative qu'universitaire, retient que la notion de donation en droit fiscal est identique à celle du droit civil : BOI-ENR-DMTG-20 du 30 septembre 2014 ; M. COZIAN, « Vagabondage fiscal au royaume des libéralités », *in La Cour de cassation, l'Université et le Droit, Études en l'honneur d'André Ponsard*, LexisNexis, 2003, p. 155, n° 33. *Adde*. V. COSSIC, *Essai sur la mutation à titre gratuit. Étude de droit privé et de droit fiscal d'enregistrement*, th. Paris I, 1991, qui par le plan adopté admet implicitement que le droit fiscal retient la même définition de la donation qu'en droit civil. Voir plus nuancé, estimant que la condition d'intention libérale a disparu dans la jurisprudence fiscale des années 1990 : J.-P. LE GALL, « L'autonomie du droit fiscal », *in Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 556, n° 175.

12 J. ATTARD, *Le contrat de prêt d'argent, contrat unilatéral ou contrat synallagmatique ?*, préf. P. Delebecque, PUAM, 1999 ; G. CATTALANO-CLOAREC, *Le contrat de prêt*, préf. G. Loiseau, LGDJ-Lextenso, 2015 ; M.-A. LE PAGE, *Le mandat et ses formes modernes*, th. Rennes I, 1992 ; P. PÉTEL, *Le contrat de mandat*, Dalloz, 1994 ; A. GILSON, *Mandat et responsabilité civile*, préf. C. Pérès, LGDJ-Lextenso éditions, 2016 ; I. AVANZINI, *Les obligations du dépositaire*, préf. C. Jubault, Litec, 2007. Voir aussi : N. DISSAUX (dir.), *Le mandat : un contrat en crise ?*, Economica, 2011.

13 M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1941 ; R. RACON, *La gratuité dans les prestations de services : étude de droit civil*, th. Paris XI, 2011 ; C. ROSSETTO, *Le service gratuit : de la tradition au numérique*, th. Tours, 2020.

14 J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955. Sur le caractère déterminant de cette thèse, voir *infra* n° 82. Voir aussi : J. VALLOIR, *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit. Étude de technique juridique*, th. Rennes, 1919 ; J. CHAMPEAUX, *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, J. Buguet-Comptour, 1931 ; J. MICHEL, *La gratuité en droit romain*, *op. cit.* nbp n° 9.

ou même du droit privé, ainsi que d'autres l'ont accompli[15]. Cette étude se restreint au contrat à titre gratuit de droit privé. Plus exactement, elle a pour objet l'accord entre deux personnes privées ayant pour objet la fourniture d'une prestation gratuite, supposant une rencontre des volontés susceptible d'être qualifiée de contrat.

7. Le terme « gratuit » est polysémique dans le langage courant : dans un sens élargi, il recouvre tout ce qui est remis sans contrepartie, dans un sens restreint, il exige le désintéressement, la bienfaisance du concédant. Dans un premier sens, l'adjectif « gratuit » désigne « *ce qui est fait ou donné sans qu'il n'en coûte rien, dont on jouit sans payer*[16] », « *sans contrepartie pécuniaire*[17] ». La gratuité peut donc être caractérisée par la fourniture d'un avantage procuré à un bénéficiaire sans que celui-ci ne soit tenu de payer un prix, de procurer une contrepartie pécuniaire.

8. Dans un second sens, la gratuité s'entend du désintéressement. La gratuité est associée à un champ lexical qui exige, davantage que le seul constat économique de l'absence de prix, une qualité particulière de l'intention du concédant, de la relation entre concédant et bénéficiaire. Le gratuit fait référence à ce qui est donné sans qu'il ne soit prévu que le concédant obtienne ou recherche de contrepartie ou de compensation sous quelque forme que ce soit[18]. Le terme latin « *gratuitus* », qui en est l'origine, peut se traduire par « *désintéressé*[19] ». Le désintéressement, défini comme le « *détachement de tout intérêt personnel* », est synonyme d'altruisme[20]. Le gratuit est également associé au gracieux et ces termes sont parfois utilisés comme synonymes[21]. La grâce est la faveur, le don[22], elle est associée à la bienveillance et à la bienfaisance[23]. Cette dernière désigne, dans un sens restreint, « *l'action de faire du bien dans*

15 S. BÉNILSI, *La gratuité en droit privé*, th. Montpellier, 2006. Voir aussi les actes de colloques : G. KOUBI et G. J. GUGLIELMI (dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, L'Harmattan, 2003 ; N. MARTIAL-BRAZ et C. ZOLYNSKI (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit,* LGDJ, 2013 ; V. ÉGÉA et E. PUTMAN (dir.), *La gratuité, actes du colloque tenu à l'université d'Aix-en-Provence le 8 mars 2013, RLDC* décembre 2013.

16 *Le Larousse illustré*, 2022, V° Gratuit. Voir aussi : *Le Robert illustré*, 2022, V° Gratuit. *Dictionnaire de l'Académie française*, 9e édition : « *Qu'on donne, qu'on effectue sans rémunération, qu'on accomplit de manière désintéressée ; qu'on reçoit, dont on profite sans qu'il en coûte rien* ». *Dictionnaire Littré*, V° Gratuit : « *Qu'on donne pour rien*. »

17 *TLFi*, V° Gratuit, A, 1.

18 *TLFi*, V° Gratuit, A, 2 : « *Qui est fait ou donné sans contrepartie, qui ne cherche aucune compensation.* » Le terme « désintéressé » en constitue un synonyme.

19 *Ibid.*, *Le Robert illustré*, 2022, V° Gratuit.

20 *Le Robert illustré*, 2022, V° Désintéressement. Voir aussi : *Le Larousse illustré*, 2022, V° Désintéressement.

21 *Le Larousse illustré*, 2022, V° Gracieux.

22 *Le Robert illustré*, 2022, V° Grâce.

23 *Le Larousse illustré*, 2022, V° Grâce.

un intérêt social[24] », « *dont l'objet est de secourir les gens dans le besoin*[25] ». Plus généralement, elle recouvre l'acte de générosité, le bien que l'on fait à quelqu'un[26].

9. Ces deux conceptions se retrouvent dans la définition doctrinale du contrat à titre gratuit, la majorité des auteurs adoptant la première, conception « abstraite » de la gratuité, et écartant la seconde, conception « bienfaisante ». Selon la doctrine majoritaire, un contrat est gratuit lorsqu'une partie, le concédant, procure un avantage à l'autre, le bénéficiaire, sans recevoir de contrepartie équivalente[27]. Plus précisément, la gratuité résulte d'un déséquilibre subjectif et objectif des sacrifices consentis par les parties[28]. La gratuité doit être recherchée dans la comparaison des sacrifices réciproques, habituellement les prestations promises par les parties. Elle résulte du constat de l'existence objective de ces sacrifices, et du fait qu'ils ont été subjectivement voulus par les parties. Cette conception peut être qualifiée d'abstraite car elle est indifférente aux motifs qui ont inspirés les parties, à la raison de leurs actions[29]. Il importe peu que le concédant procure un avantage au bénéficiaire dans le seul but d'obtenir par ailleurs, de celui-ci ou d'un tiers, un avantage extérieur à l'acte. La gratuité n'est pas limitée à l'acte inspiré par le seul désir de préférer autrui à soi-même, d'améliorer la situation du bénéficiaire. L'acte intéressé peut être qualifié de gratuit. En d'autres termes, la conception abstraite admet l'existence d'actes de « gratuité » intéressée[30].

10. Selon une autre conception de la gratuité, plus exigeante, n'est gratuit que l'acte qui a été inspiré par la bienfaisance. La distinction entre la gratuité et l'onérosité se superpose à celle tracée entre la bienfaisance et l'intérêt. Lorsque le concédant a procuré un avantage au bénéficiaire dans son propre intérêt, parce qu'il espérait recevoir un avantage, du bénéficiaire ou d'un tiers, le contrat ne peut être qualifié de contrat à titre gratuit. Il est nécessaire de caractériser une intention de préférer autrui à soi-même, une intention de lui procurer un avantage dans le seul désir d'améliorer sa situation, pour que la qualification gratuite soit retenue. La poursuite par le concédant d'un avantage pour lui-même, autrement dit de son

24 *Le Robert illustré*, 2022, V° Bienfaisance.
25 *Le Larousse illustré*, 2022, V° Bienfaisance.
26 *Ibid.* ; *Le Robert illustré*, 2022, V° Bienfaisance.
27 Voir *infra*, n^{os} 83-97.
28 Voir *infra* n^{o} 82.
29 Voir par exemple, qualifiant d'« *abstraite* » la définition de l'intention libérale comme la simple conscience et intention de ne pas recevoir de contrepartie : P. ESMEIN, *Droit civil approfondi : L'acte juridique à titre gratuit*, Cours de droit, 1933, p. 121-124 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français*, *op. cit.* nbp n° 10, n^{o} 63 ; C. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, *op. cit.* nbp n° 10, n^{o} 211.
30 D. GUÉVEL, « La gratuité intéressée : un oxymore d'avenir », *in Mélanges en l'honneur de Gilles Goubeaux*, Dalloz, 2009, p. 229.

propre intérêt, exclut la gratuité. La « gratuité » intéressée ne constitue pas de la gratuité. Il faut donc rechercher les motifs du concédant ou pour déterminer la qualification du contrat. Le contrat est à titre gratuit lorsque le concédant procure un avantage au bénéficiaire, sans attendre ni recevoir de contrepartie équivalente ni d'avantage extérieur à l'acte, du bénéficiaire ou d'un tiers, mais afin d'améliorer la situation du bénéficiaire. Cette conception peut être qualifiée de « *bienfaisante*[31] ». Elle est devenue largement minoritaire en doctrine.

11. Le droit romain retenait une conception abstraite de la gratuité, fondée sur la seule absence de contrepartie. La gratuité en droit romain s'inscrit dans la conception abstraite. La qualification gratuite résulte de la seule absence de contrepartie[32]. L'intention libérale n'est pas pertinente[33], ni, *a fortiori*, la bienfaisance. Certes, il est nécessaire de rechercher si l'acte avait été conclu dans l'intérêt d'une seule partie ou des deux pour en déterminer le régime, en application de la théorie de l'utilité, devenue la théorie de la prestation des fautes. Selon cette théorie, la responsabilité de chacune des parties est appréciée en fonction de l'utilité qu'il retire du contrat. Si le contrat est conclu dans l'intérêt exclusif du débiteur, celui-ci est responsable s'il commet la faute la plus légère. Lorsque le contrat est conclu dans l'intérêt des deux parties, le débiteur est tenu de sa faute légère[34]. Et le débiteur qui s'engage dans l'intérêt exclusif du créancier n'est responsable que des suites de sa faute lourde. L'utilité de l'acte pour chacune des parties détermine ainsi son régime[35]. Elle n'est toutefois pas prise en compte pour sa qualification. Un contrat peut être qualifié de gratuit et cependant conclu dans l'intérêt des deux parties ou dans celui de la partie fournissant un service sans rémunération. En d'autres termes, l'acte de « gratuité » intéressée est qualifié de gratuit, même si le régime qui lui est appliqué tiendra compte de ce caractère intéressé. La gratuité est donc entendue dans sa conception abstraite.

---

31 Le terme de bienfaisance provient du code civil de 1804 lui-même, lequel opposait, en ses articles 1106 et 1105, le contrat à titre onéreux au contrat de bienfaisance. Ces dispositions ont été remplacées par un article 1107, lequel oppose le contrat à titre onéreux au contrat à titre gratuit. Sur ce point, voir *supra*, n° 1.

32 J. MICHEL, *La gratuité en droit romain*, Université libre de Bruxelles, 1962, n° 373.

33 *Ibid.*

34 Laquelle peut être assimilée à celle de la personne raisonnable en droit moderne.

35 *Ibid.*, n° 586. Voir aussi : R.-J. POTHIER, *Oeuvres complètes*, tome 1, Thomine et Fortic, 1821, p. 122 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 10, Alex-Gobelet, 1830, n^os^ 399-407 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 16, Durand & Pedone Lauriel-Bruylant-Christophe et comp., 1874, n° 214 ; P. PONT, *Commentaire-traité des petits contrats*, tome 1, 2^e^ édition, Delamotte et fils, 1877, n° 6. Plus récemment, voir : G. CATTALANO-CLOAREC, *Le contrat de prêt*, préf. G. Loiseau, LGDJ-Lextenso, 2015, n° 533. Sur la prestation des fautes, voir aussi : C. ROSSETTO, *Le service gratuit : de la tradition au numérique*, th. Tours, 2020, n^os^ 58-64 et 67-72.

12. Les droits étrangers ont également retenu une conception abstraite de la gratuité. Cette adoption est claire en droit allemand. Celui-ci ne requiert aucune intention de donner particulière pour la qualification de la donation[36]. Celle-ci s'étend d'ailleurs à la « *donation de produits numériques* », qui désigne le contrat de consommation par lequel un entrepreneur fournit à un consommateur des produits numériques et le consommateur s'engage à fournir des données à caractère personnel[37]. La donation, et plus généralement la gratuité, peut donc être intéressée. Les droits espagnols et italiens sont plus nuancés. Le droit espagnol reflète la controverse française. Le code civil espagnol distingue, au sein d'une disposition relative à la cause des contrats, les contrats onéreux, les contrats rémunératoires et les contrats de pure bienfaisance[38]. Cet article dispose que la cause du contrat de pure bienfaisance est la simple libéralité du bienfaiteur. La doctrine est divisée sur son interprétation. Certains auteurs retiennent une conception bienfaisante de la gratuité[39], tandis que pour d'autres, le contrat à titre gratuit est caractérisé par la simple absence de contrepartie[40]. La doctrine italienne connaît la même difficulté. Certains auteurs considèrent que la donation est caractérisée par la seule absence de contrepartie, et que les mobiles du donateur peuvent être divers[41]. D'autres distinguent les contrats à titre gratuit des « *contratti liberali* », que l'on peut traduire comme les contrats libéraux[42]. Le contrat à titre gratuit peut être intéressé. Le contrat libéral, qui inclut mais ne se réduit pas à la donation, est caractérisé par le désintéressement et constitue une expression de générosité, de reconnaissance ou d'amitié.

13. Deux arguments nous paraissent justifier de mettre de nouveau l'ouvrage de la gratuité sur notre métier.

---

36 R. HYLAND, *A Study in Comparative Law*, Oxford University Press, 2009, n^os^ 283-284.

37 § 516a du BGB.

38 Article 1274 du code civil : « *En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor* » (« Dans les contrats onéreux, la cause s'entend, pour chaque contractant, de la fourniture ou de la promesse d'une chose ou d'un service par l'autre partie ; dans les contrats rémunérateurs, du service ou de la prestation rémunérée, et dans les contrats purement charitables, de la simple libéralité du bienfaiteur. ») Sur les indices donnés sur la définition du contrat à titre gratuit par le discours relatif à la cause, voir *infra*, n^o^ 61.

39 Voir, en ce sens, le vocabulaire employé par : J. R. DE VERDA Y BEAMONTE (dir.), *Derecho civil II. Obligaciones y contratos*, 3^e^ édition, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 288 ; J. L. DE LOS MOZOS, *La donación en el código civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, 2000, p. 67-68.

40 R. ESCUTIA ROMERO, *Derecho civil. Derecho de los contratos*, Centro de estudios financieros, 2015, p. 23. Voir aussi : R. HYLAND, *A Study in Comparative Law*, *op. cit.* nbp n° 36, n^o^ 286.

41 A. A. CARRABBA, *Donazioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 19 ; G. BONILINI (dir.), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. VI. Le donazioni*, Giuffrè Editore, 2009, p. 22. Voir aussi : R. HYLAND, *A Study in Comparative Law*, *op. cit.* nbp n° 36, n^o^ 276.

42 F. GALGANO, *Trattato di diritto civile, Volume secondo*, CEDAM, 2009, p. 213 ; N. LIPARI et P. RESCIGNO (dir.), *Diritto Civile. 3. 2. Il contratto in* generale, Giuffrè Editore, 2009, p. 317-318.

14. D'une part, l'adoption d'une conception abstraite de la gratuité s'ancre dans une perception des actes bienfaisants comme inexistants, rares et en toute hypothèse insusceptibles d'être rationnellement appréhendés, héritée de la période des Lumières, qui a été remis en cause par des travaux modernes. La possibilité de retenir les mobiles, intéressés ou bienfaisants, comme critère de qualification d'un contrat se heurte au doute indissoluble affectant les motivations humaines. En effet, le concédant d'un acte apparemment désintéressé peut toujours être soupçonné d'être animé par son propre intérêt, que celui-ci soit dissimulé par le concédant voire même inconnu de lui car inconscient. Ce soupçon se rapporte à la question, classique en philosophie, de l'intérêt et du désintéressement, et, plus généralement, de la capacité de l'homme à agir vertueusement. Certains auteurs, au premier rang desquels Hobbes, ont ainsi affirmé que l'homme n'agit toujours que motivé par son propre intérêt[43]. Celui qui prétendrait agir de façon désintéressée ne chercherait qu'à dissimuler son intérêt, afin de bénéficier de l'estime que la société confère aux altruistes. Ce soupçon a été renouvelé par la mise en lumière par Mauss des obligations sociales de donner, de recevoir et de rendre. Dans une monographie consacrée au don dans les sociétés tribales, cet anthropologue a exposé que le don s'insérait dans un réseau d'obligations sociales structurantes qui imposaient à chacun de donner, mais également au bénéficiaire de recevoir le don et de le rendre[44]. Dans une telle perspective, le concédant n'est pas animé par une intention bienfaisante spontanément et librement reçue par le bénéficiaire. Il s'inscrit dans des relations de réciprocité, dans lesquelles le concédant agit à la fois pour se conformer à l'obligation sociale de donner, mais également dans l'espoir d'obtenir une contrepartie résultant de l'obligation sociale de rendre[45]. Le désintéressement véritable ne se trouverait ainsi que dans l'acte dépourvu de toute possibilité de réciprocité, et serait réservé à l'acte divin ou à l'acte humain immédiatement oublié par les parties[46]. La bienfaisance a également été exclue du champ des sciences économiques. La théorie économique majoritaire repose sur l'hypothèse selon laquelle les agents ont des préférences subjectives et que leurs choix dépendent de ces préférences. Or, l'hypothèse hégémonique, et longtemps exclusive, en sciences économiques est celle dans laquelle les

43 T. HOBBES, *Le Citoyen ou les fondements de la politique*, Flammarion, 1982, p. 92-93. Voir aussi *infra*, n° 114.

44 M. MAUSS, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, 2e édition, PUF, 2014. Voir aussi *infra*, n° 115.

45 *Ibid.*

46 L. BOLTANSKI, *L'amour et la justice comme compétences*, Éditions Métailié, 1990, p. 173 ; J. DERRIDA, *Donner le temps. La fausse monnaie*, Galilée, 1991, p. 30-35. Voir aussi *infra*, n° 116.

préférences de l'homme sont égocentrées. L'homme chercherait exclusivement la satisfaction de son propre intérêt. L'hypothèse de préférences altruistes n'était pas envisagée[47].

15. Mais l'appréhension de la bienfaisance a été renouvelée par des travaux modernes relatifs à l'altruisme. Ce terme, forgé par Auguste Comte au XIX^e^ siècle, a prospéré, au XX^e^ siècle, en biologie. Il y désigne les actes augmentant la valeur de survie et de reproduction (« fitness[48] ») d'un autre individu aux dépens de celle de l'agent[49]. L'exemple habituel est celui des colonies d'abeilles, au sein desquelles certaines abeilles, dites ouvrières, renoncent à la reproduction ou se sacrifient pour la survie de la colonie[50]. De tels actes, constatés empiriquement, ont dû être intégrés à la théorie de l'évolution. Le terme d'altruisme a également prospéré dans les sciences économiques[51]. En effet, certains auteurs postulent que les préférences d'un agent peuvent dépendre du bien-être d'autres personnes, c'est à dire que le bien-être de l'agent varie en fonction de celui d'autrui[52]. L'altruisme est donc intégré dans le cadre utilitariste de l'analyse économique[53]. L'hypothèse de l'altruisme est également vérifiée par l'expérimentation en économie comportementale et en psychologie. Les expériences menées en laboratoire, sous forme de jeux, révèlent que la moyenne des joueurs adopte un comportement objectivement désintéressé même en l'absence de contrôle social ou de possibilité de réciprocité[54]. Ces travaux relativement récents, parus au cours du XXe siècle, invitent à émettre de nouveau l'hypothèse de l'appréhension de la bienfaisance en droit. Les résultats auxquels est parvenue la psychologie expérimentale facilitent l'adhésion à l'hypothèse de l'existence et de la fréquence d'actes bienfaisants. L'intégration de tels actes dans l'analyse

47 S. ZAMAGNI, *The Economics of Altruism*, Edward Elgar Publishing Limited, 1995, p. XV ; F. BENHAMOU, N. MOUREAU, « I / Le don, objet d'approches multidisciplinaires », *in* F. BENHAMOU (dir.), *Le don dans l'économie*, La Découverte, 2022, p. 15-16. ; F.-R. MAHIEU et H. RAPOPORT, « Avant-propos », *in* F. R. MAHIEU (dir.), *Altruisme. Analyses économiques*, Economica, 1998, p. 5 ; L. PROUTEAU, *Économie du comportement bénévole : théorie et étude empirique*, Economica, 1999, p. 61.

48 Sur cette traduction de *fitness*, voir C. CLAVIEN, *Je t'aide… moi non plus. Biologique, comportemental ou psychologique : l'altruisme dans tous ses états*, Vuibert, 2010, p. 7, nbp n° 7.

49 *Ibid.*

50 *Ibid.*, p. 1 et 123.

51 Voir aussi *infra*, n° 111.

52 L. PROUTEAU, *Économie du comportement bénévole*, *op. cit.* nbp n° 14, p. 80.

53 O. GÜN, *L'introduction de l'hypothèse d'altruisme dans la théorie économique contemporaine : causes, modalités et conséquences*, th. Paris I, 2003, p. 312-313. Certains critiquent cette intégration, lui reprochant de réduire l'altruisme à l'intérêt personnel. Ils préconisent un changement des méthodes d'analyse, et notamment une refonte de la théorie des utilités. Sur ce point, voir L. PROUTEAU, *Économie du comportement bénévole*, *op. cit.* nbp n° 14, p. 103-111. Voir aussi *infra*, n° 111.

54 C. D. BATSON, N. AHMAD, D. A. LISHNER et J.-A. TSANG, « Empathy and Altruism », *in* C. R. SNYDER et S. J. LOPEZ (dir.), *The Handbook of Positive Psychology*, Oxford University Press, 2002, p. 420. Voir aussi *infra*, n^os^ 112 et 122.

économique laisse présager que des critères peuvent permettre d'identifier l'acte bienfaisant et de l'appréhender juridiquement.

16. Surtout, sont apparues des hypothèses de « gratuité » dans lesquelles il est certain que le concédant n'est pas animé par une intention bienfaisante à l'égard du bénéficiaire. **En premier lieu, le XXIe siècle a vu se développer massivement des modèles économiques fondés sur la fourniture de biens et services non payants**. La « gratuité » intéressée trouve son origine dans des pratiques aussi anciennes que le commerce lui-même[55] : du geste commercial[56] au pourboire[57], de la remise concédée par le commerçant à la réclame « *un gratuit pour trois achetés* », de l'invitation d'un partenaire commercial à déjeuner aux cadeaux d'affaires[58]. Elle s'est inscrite au cœur de modèles économiques, c'est-à-dire qu'elle a constitué la source principale de profits d'une entreprise, avec l'apparition des « gratuits », des journaux non payants[59], habituellement financés par la publicité, dont le premier a été diffusé dès 1835[60].

17. Mais c'est sur internet que la « gratuité » intéressée s'est massivement développée. Les modèles économiques fondés sur la « gratuité » intéressée se sont largement développés avec la baisse des prix des matières premières, des frais de fabrication et de distribution des biens, et, plus généralement, par la baisse des coûts marginaux[61]. La distribution d'objets publicitaires non payants peut désormais être entièrement financée par la hausse des bénéfices attendus de l'opération publicitaire. La dématérialisation a accentué ce phénomène. Il est, ainsi, à peine plus coûteux de proposer un bien ou service sur internet ou un bien immatériel à un million d'usagers qu'à un seul : le coût réside dans sa conception, et non dans sa duplication et sa diffusion[62]. La

55 F. GRUA, *L'acte gratuit en droit commercial*, th. Paris I, 1978 ; B. LECOURT, « La gratuité et le droit des affaires », *RTD com.* 2012, p. 455.

56 H. BARBIER, « Le statut juridique du geste commercial », *RTD civ*. 2019, p. 312.

57 Articles L. 3244-1 et suivants du code du travail.

58 J. T. GODBOUT, « Quand les gens d'affaires se font des cadeaux », *in* P. CHANIAL, *La société vue du don*, La Découverte, 2008, p. 85.

59 *Le Robert illustré* 2022, V° Gratuit.

60 M. MARTIN, *Trois siècles de publicité en France*, Odile Jacob, 1992, p. 76. C. DELPORTE, C. BLANDIN et F. ROBINET, *Histoire de la presse en France. XXe-XXIe siècles*, Armand Colin, 2016, p. 260.

61 C. ANDERSON, *Free ! : comment marche l'économie du gratuit*, Flammarion, 2014, p. 64-66 et 71 ; C. ROSSETTO, *Le service gratuit*, *op. cit.* nbp nº 13, nº 41. Voir aussi, rappelant que l'idéologie de liberté et de communauté des concepteurs et premiers utilisateurs d'internet et la complexité pratique d'imposer des microtransactions sont à l'origine de la culture de la gratuité sur internet : J. ROCHFELD, « Contenus et services numériques contre données : la personne dans les nouveaux "échanges" », *loc. cit.* nbp n° 61, nº 5.

62 C. ANDERSON, *Free !*, *op. cit.* nbp nº 61. Les biens les plus onéreux sont ceux dont la découverte ou la création a été très coûteuse (*ibid.*, p. 75). Si leur conception est chère, leur duplication ne l'est pas. En conséquence, le coût marginal, c'est-à-dire le surplus que coûte le fait d'offrir un bien ou un service à un client supplémentaire, est faible (*ibid.*, p. 9). La dématérialisation a accentué ce phénomène. Les biens immatériels sont créés et dupliqués sans consommation de matière première. Le prix du traitement, du stockage et du transfert des données informatiques chute régulièrement (*ibid*., p. 23 et 107-132). Le coût de diffusion des biens immatériels est donc faible et en constante baisse (*ibid*., p. 9).

dématérialisation et la distribution de services sur internet démultiplie les possibilités de financement autrement que par le paiement d'un prix par l'utilisateur. C'est ainsi que des sociétés commerciales peuvent proposer des biens et services non payants, en attendant un avantage, notamment, de la collecte de données personnelles, la publicité, ou de la publicité que la collecte des données personnelles permet de cibler[63].

18. La possibilité de définir la gratuité du contrat à titre gratuit comme de la bienfaisance mérite donc d'être de nouveau examinée. La différence entre gratuité bienfaisante et « gratuité » intéressée nous paraît fondamentale. Dans une période où se sont multipliées les hypothèses de « gratuité » intéressée, il nous paraît nécessaire de défendre une conception bienfaisante de la gratuité et d'affirmer solennellement que la « gratuité » intéressée relève de l'onérosité et qu'elle n'a pas vocation à être soumise aux régimes des contrats à titre gratuit. Cette affirmation tend principalement à deux finalités.

19. La première se rattache à l'ordre du symbolisme : le droit doit affirmer solennellement l'existence d'actes de bienfaisance pour la consolider dans nos représentations. Le droit a pour fonction d'« *incarner la collectivité de façon symbolique en proposant une vision globale et cohérente de la vie sociale, dont les esprits peuvent être pénétrés*[64] ». Il donne une représentation des rapports sociaux. Par les actes qu'il envisage, il dépeint notre vie sociale, et, à travers elle, les comportements humains qui la constituent. Il exerce ainsi une fonction « *iconographique*[65] » voire « *pédagogique*[66] ». Il constitue également un « *facteur instituant*[67] » lorsqu'il reconnaît l'existence de certains types de rapports sociaux. Au contraire, en en écartant d'autres de son champ, il les exclut de son portrait de la société, et ainsi occulte leur existence. Les choix réalisés lors de la création ou de l'interprétation de la norme juridique peuvent donc favoriser « *certaines représentations collectives nécessaires pour atteindre la cohésion sociale*[68] ». Ainsi, la norme peut être employée afin d'« *agir sur les*

63 J. ROCHFELD, « Contenus et services numériques contre données : la personne dans les nouveaux "échanges" », *in Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, Larcier, 2021, p. 562, p. 473.

64 P. NOREAU (dir.), *Le droit à tout faire : exploration des fonctions contemporaines du droit*, Thémis, 2008, p. 231.

65 *Ibid.*

66 F. OST, *À quoi nous sert le droit ?*, Bruylant, 2016, p. 63.

67 P. NOREAU, « De la force symbolique du droit », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 140. Voir aussi : F. OST, *À quoi nous sert le droit ?*, *op. cit.* nbp n° 66, p. 63 ; O. LAROQUE, *Les lois symboliques. Une étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, th. Paris II, 2017, n^{os} 83-93 ; L. SCALBERT, « Utilité et force symbolique du droit. À propos de la reconnaissance dans le code civil de l'animal comme "être vivant doué de sensibilité" », *Droit rural*, avril 2015, étude 6.

68 M. GARCÍA-VILLEGAS, « Efficacité symbolique et pouvoir social du droit », *RIEJ* 1995, n° 34, p. 157.

représentations en faisant pénétrer dans les esprits les valeurs dont elle est dépositaire[69] » et de « *cherche*[r] *à éduquer les mœurs*[70] ». Cette action, certes de « *nature différée et indirecte*[71] », ne doit néanmoins pas être méprisée.

20. L'admission du contrat de bienfaisance dans le code civil constitue une reconnaissance symbolique de la capacité des êtres humains à adopter des comportements bienfaisants. La conception abstraite de la gratuité est neutre symboliquement mais occulte, de fait, l'existence d'actes bienfaisants. Or, la bienfaisance n'apparaît qu'à la marge dans les autres dispositions du code civil. L'amitié et les relations entre personnes voisines sont absentes du code civil. L'œuvre de bienfaisance n'y apparaît qu'incidemment, au sujet de la capacité de recevoir des associations[72]. Le don d'éléments et produits du corps humain n'est mentionné qu'en qualité d'exception au principe de la finalité thérapeutique individuelle de l'intervention sur le corps humain et à l'occasion de la consécration du principe d'anonymat[73]. Inclure les actes de bienfaisance dans la représentation que donne le droit de la vie sociale permet, en conséquence, d'en affirmer solennellement l'existence, voire d'assurer la promotion de ces comportements socialement souhaitables[74]. Certes, la portée de cette fonction symbolique du droit est conditionnée par la connaissance du droit civil. S'il a pu être affirmé que le code civil est « *à la fois livre-symbole et livre de symboles*[75] » et que ses dispositions générales « *sont destinées à lancer l'imagination des sujets bien au-delà des résultats précis qu'elles prescrivent*[76] », son

69 O. LAROQUE, *Les lois symboliques, op. cit.* nbp n° 67, n° 80. Voir aussi : F. OST, *À quoi nous sert le droit ?, op. cit.* nbp n° 66, p. 63.

70 *Ibid.*, n° 92.

71 F. OST, *À quoi nous sert le droit ?, op. cit.* nbp n° 66, p. 63.

72 Article 910 II du code civil. Voir aussi *infra*, n^{os} 494, 507, 510.

73 Article 16-3 du code civil alinéa premier : « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.* » ; article 16-8 du code civil alinéa premier : « *Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur*. » Le principe de la possibilité du don n'est pas affirmé, seul l'exclusion du droit patrimonial portant sur un élément ou produit du corps humain étant consacrée : « *Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.* » (article 16-1 alinéa 3).

74 Voir ainsi, à l'occasion du vote de la loi permettant le don de jours de repos aux parents un enfant gravement malade, Mme Marie-Anne Montchamp, secrétaire d'État auprès de la ministre des solidarités et de la cohésion, défendant le projet de loi dont « *le principal mérite est de valoriser cet esprit de volontariat et de don sans lequel nous ne pouvons espérer renforcer notre cohésion sociale* » : loi n° 2014-459 du 9 mai 2014 permettant le don de jours de repos à un parent d'un enfant gravement malade, séance du mercredi 25 janvier 2012.

75 J. CARBONNIER, « Le code civil », *in Le code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 30-35.

76 *Ibid.*

contenu est mal connu[77]. Toutefois, la diffusion de ce dernier est assurée par les professionnels du droit, par les enseignants[78], ou par la place qu'il occupe dans les discours militants[79]. Dès lors qu'elle n'est pas dépourvue de toute utilité, l'affirmation juridique de l'existence d'actes de bienfaisance est donc souhaitable.

21. En second lieu, la stricte limitation de la gratuité à la bienfaisance est justifiée par la finalité d'exclure l'acte intéressé, et plus spécifiquement le concédant de l'acte intéressé, du bénéfice attaché à la qualification gratuite. Ce bénéfice est d'abord symbolique. L'emploi du terme « gratuit » exerce un pouvoir d'attraction sur le bénéficiaire, et notamment sur le consommateur[80]. Celui-ci peut ignorer la source de l'intérêt poursuivi par le concédant [81]. Plus généralement, le terme de « gratuité » est associé à un champ lexical mélioratif, et notamment à la grâce divine. Le terme de « gratuité » est donc doté d'un fort pouvoir promotionnel dont ne doit pas bénéficier le concédant d'un acte de « gratuité » intéressée.

22. Ce bénéfice est également juridique. La gratuité est associée à des devoirs moraux, et notamment au devoir de reconnaissance du bénéficiaire. Ceux-ci justifient l'application d'un

77 Le droit en général, et le contenu du code civil en particulier, est mal maîtrisé par la population (J. CARBONNIER, « Le code civil », *loc. cit.* nbp n° 75, p. 36. Voir aussi les Legal Consciousness Studies et leur déclinaison en France : dossier « *After Legal Consciousness Studies :* dialogues transatlantiques et transdisciplinaires », *in Droit et société* 2018/3, p. 543 et s. ; J. PÉLISSE, « A-t-on conscience du droit ? Autour des Legal Consciousness Studies », *Genèses*, 2005/2, p. 114 ; M. GARCÍA-VILLEGAS, « Symbolic Power Without Symbolic Violence ? Critical Comments on Legal Consciousness Studies in the USA », *in Droit et société* 2003/1, p. 137). L'influence du droit sur les représentations et, à terme, sur les comportements, est donc réduite. À cet égard, le droit civil est moins efficace que le droit fiscal. Les dispositions du code général des impôts relatives, d'une part, aux réductions d'impôts dont bénéficient les auteurs de dons à des œuvres, et, d'autre part, à la modulation des donations en fonction du lien de parenté entre concédant et bénéficiaire, ont certainement à la fois une meilleure diffusion et une plus grande influence sur les représentations et surtout sur les comportements.

78 Sur l'influence des études supérieures sur les représentations et les comportements, voir, constatant que des étudiants en économie étaient moins prompts à la coopération après la fin de leurs études qu'au début : R. H. FRANK, T. GILOVICH et D. T. REGAN, « Does Studying Economics Inhibit Cooperation? », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 7/2 (1993), p. 159.

79 Voir ainsi, retenant que le droit est désormais plus fréquemment perçu comme un mode de résolution des débats sociétaux, et les arguments juridiques employés au soutien de thèses politiques : G. ROCHER, « L'emprise croissante du droit », *in* G. ROCHER (dir.), *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Thémis, 1996, p. 103-110.

80 C. ANDERSON, *Free !*, *op. cit.* nbp n° 61, p. 82-90. Voir aussi C. ROSSETTO, *Le service gratuit*, *op. cit.* nbp n° 13, n° 1.

81 Cette caractéristique promotionnelle a été relevée par le législateur, lequel a, dans la loi du 30 octobre 2018 dite « EGalim », interdit l'utilisation du terme « gratuit » « *comme outil marketing et promotionnel dans le cadre d'une relation commerciale* » : loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible (EGalim). Relevons toutefois que cette interdiction a été justifiée, dans les débats parlementaires, par la nécessité « *de rééduquer le consommateur* » et « *de réapprendre* » la valeur des produits, notamment agricoles, vendus, la gratuité constituant « *un leurre* » occultant le « *travail du producteur, du transformateur, du distributeur* », sa défenseure rappelant que le texte voté n'interdit pas l'usage du terme « *offert* » qui lui est préférable : intervention de N. Le Peih, 2e séance du vendredi 25 mai 2018.

régime inspiré par la faveur pour le concédant[82]. Le concédant intéressé, et notamment celui qui exploite un modèle économique fondé sur la « gratuité » intéressée, ne doit pas bénéficier de ce régime de faveur. La gratuité du contrat à titre gratuit défini par l'article 1107 du code civil doit donc être définie comme la bienfaisance.

23. Or, dès lors que l'on envisage de définir le contrat à titre gratuit comme caractérisé par la bienfaisance, se pose la question de la pertinence de son appréhension par le droit.

24. L'acte bienfaisant apparaît au premier abord comme relevant du non-droit. Le terme de « non-droit » a été forgé par le doyen Carbonnier. Il désigne des « *rapports humains* » dont le droit est absent, malgré sa « *vocation théorique à être présent*[83] ». Le droit fait ainsi l'objet d'une « *auto-limitation*[84] » ou d'une « *auto-neutralisation*[85] ». Le juriste tend au pan-juridisme, à l'intégration dans le droit de toute opération sociale. Au contraire, le doyen Carbonnier préconisait une « *préférence latente pour l'abstention du droit*[86] » et la préservation des rapports sociaux de son intervention. L'allègement de la « *pression* » du droit, l'affranchissement de ses « *contraintes* » constituerait une « *nécessité de l'hygiène sociale*[87] ».

82 Voir *infra*, n° 260.

83 J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2014, p. 37, p. 25-26. La théorie du non-droit est fréquemment évoquée mais peu développée. Voir cependant, réfutant la théorie du non-droit en estimant d'une part que les manifestations de non-droit ne sont que l'absence de droit étatique, et en réduisant d'autre part le non-droit à une tentative du droit de se penser axiologiquement neutre, à des normes non sanctionnées ou à la non-loi : M. DOUCHY, « La notion de non-droit », *RRJ* 1992, p. 43 ; A. SÉRIAUX, « Question controversée : la théorie du non-droit », *RRJ* 1995, p. 13.
Ses apparitions les plus notables concernent l'analyse des systèmes d'échange locaux (SEL) : S. BRADBURN, *Les systèmes d'échanges locaux*, préf. F. Deboissy, Dalloz, 2017 ; A. SUPIOT, « Les mésaventures de la solidarité civile (pacte civil de solidarité et systèmes d'échanges locaux) », *Droit social*, 1999, p. 1970 ; R. LIBCHABER, « Actualité du non-droit : les systèmes d'échanges locaux », *RTD civ.* 1998, p. 800.
Pour le reste, les auteurs se contentent de conclure que malgré l'apparence de non-droit, leur objet d'étude est soumis au droit : voir par exemple en droit de l'internet : B. BARRAUD, « Le darknet et le droit », *JCP G* 2018. 3 (retenant cependant un « non-droit effectif », des règles de droit étant applicables mais non appliquées) ; M. QUÉMÉNER, « Enquêtes dans le Darkweb », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 83 ; « Dossier : "L'économie collaborative : une zone de non-droit ?" », *Revue Lamy Droit des affaires* juillet 2016, p. 33 et s., et notamment A. LECOURT, « Quelles pistes juridiques pour encadrer l'économie collaborative ? », *ibid.*, p. 43 ; S. DUPUY-BUSSON, « La liberté d'expression sur Internet : les réseaux sociaux (Facebook, Twitter...) ne sont pas des zones de non-droit », *LPA* 15 juillet 2010, p. 10. Voir aussi, dans un tout autre domaine : S. GRANDVUILLEMIN, « Le système AMAP : zone de « non-droit » ? », *JCP E* 2015, p. 1279. Et en droit de la famille : C. BRUNETTI-PONS, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *RTD civ*. 1999, p. 2.

84 J. CARBONNIER, *Flexible droit, op. cit.* nbp n° 83, p. 28.

85 *Ibid.*, p. 29.

86 J. CARBONNIER, *Droit civil. 1. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004, n° 63. Ainsi, le constat de l'existence de situations de non-droit est un prélude à la défense du non-droit. Voir aussi : A. SÉRIAUX, « Question controversée : la théorie du non-droit », *loc. cit.* nbp n° 83, n° 3).

87 J. CARBONNIER, *Flexible droit, op. cit.* nbp n° 83, p. 29-30.

25. La bienfaisance paraît constituer l'archétype du domaine auquel l'application du droit ne serait pas opportune. D'une part le contexte et la finalité de la gratuité imposeraient son placement dans le non-droit. Amitié et normes sont antinomiques[88]. Certains juristes affirment ainsi que « *la liberté et la spontanéité sont inhérentes à l'amitié*[89] » ou qu'une « *une amitié commandée ou « dirigée » sous menace de contrainte serait la négation de l'amitié*[90] ».

26. Plus avant, intégrer les accords gratuits conclus par des personnes liées par une relation d'affection serait inutile voire dangereux. Ce point a été particulièrement développé par les auteurs aux États-Unis. En effet, le caractère exécutoire de la « promesse gratuite », c'est-à-dire, selon nos termes, la possibilité d'obtenir l'exécution forcée de l'accord sur une prestation gratuite, a fait l'objet d'un débat intense dans la doctrine américaine, notamment dans les années 1990[91]. La doctrine majoritaire s'y oppose. L'acte bienfaisant ayant pour finalité l'entretien de

88 C. ROSSETTO, *Le service gratuit*, *op. cit.* nbp n° 13, n° 271 ; D. GALBOIS-LEHALLE, note sous Civ. 1re, 5 mai 2021, *D*. 2021. 1803 ; C. LEDUQUE, note sous Civ. 1re, 5 janvier 2022, *Dr. & Patr.* mai 2022, p. 19.

89 D. MAYER, « L'amitié », *JCP* 1974. I. 2663.

90 J. DABIN, *Théorie générale du droit,* Dalloz, 1969, n° 109. *Adde*. C. ROCHAT, *L'amitié en droit privé*, 2019, préf. P. Bonfils et E. Putman, PUAM, n° 13.

91 Pour une vue d'ensemble : M. A. EISENBERG, The World of Contract and the World of Gift, *California Law Review* 85 (1997) ; M. A. EISENBERG, *Foundational Principles of Contract Law*, Oxford University Press USA, 2018, p. 108 ; R. A. PRENTICE, "Law &" and Gratuitous Promises, *University of Illinois Law Review* 881 (2007).
Trois « vagues » peuvent être distinguées : M. A. EISENBERG, The World of Contract and the World of Gift, précité.
La « première vague » est la source du débat, un célèbre article de Lon Fuller relatifs aux liens entre la « consideration », qui joue en droit américain un des rôles qui était dévolu à la cause en droit français, et le formalisme : L. FULLER, Consideration and Form, 41 *Columbia Law Review* 799 (1941).
La « deuxième vague » correspond à un ensemble d'articles relevant que les arguments en faveur de la force obligatoire sont supplantés par le coût de la garantie de cette force obligatoire, et notamment d'un formalisme impératif : M. A. EISENBERG, Donative Promises, 47 *University of Chicago Law Review* 1 (1979) ; R. A. POSNER, Gratuitous Promises in Economics and the Law, 6 *Journal of Legal Studies* 411 (1977) ; C. J. GOETZ et R. E. SCOTT, Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract, 89 *Yale Law Journal* 1261 (1980).
La « troisième vague » insiste sur l'importance des promesses de don au regard de la notion de contrat, et d'autre part, sur leur importance sociale (S. STOLJAR, Enforcing Benevolent Promises, 12 *Sydney Law Review* 17 (1989) ; E. YORIO et S. THEL, The Promissory Basis of Section 90, 101 *Yale Law Journal* 111 (1991) ; E. YORIO et S. THEL, The Promissory Basis of Past Consideration, 78 *Virginia Law Review* 1045 (1992) ; E. A. FARNSWORTH, Promises to Make Gifts, 43 *The American Journal of Comparative Law* 359 (1995) ; E. A. POSNER, Altruism, Status and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises, 1997 *Wisconsin Law Review* 567 (1997)), propose une analyse économique renouvelée (S. SHAVELL, An Economic Analysis of Altruism and Deferred Gifts, 20 *Journal of Legal Studies* 401 (1991) ; A. KULL, Reconsidering Gratuitous Promises, 21 *Journal of Legal Studies* 39 (1992)) ainsi qu'une perspective supplémentaire ressortant d'une analyse féministe du droit et du mouvement Law & Emotion (J. B. BARON, Gifts, Bargains and Form, 64 *Indiana Law Journal* 155 (1989) ; C. M. ROSE, Giving, Trading, Thieving and Trusting: How and Why Gifts Become Exchanges and (More Importantly) Vice Versa, 44 *University of Florida Law Review* 295 (1992) ; R. H. FRANK, The Differences Between Gifts and Exchange: Comment on Carol Rose, 44 *University of Florida Law Review* 319 (1992) ; E. F. HARTIGAN, Rose and Apple--Original Gifts?, 44 *University of Florida Law Review* 347 (1992) ; J. B. BARON, Do We Believe in Generosity?: Reflections on the Relationship Between Gifts and Exchanges, 44 *University of Florida Law Review* 355 (1992) ; C. M. ROSE, Giving Some Back--A Reprise, 44 *University of Florida Law Review* 365 (1992) ; J. L. SCHROEDER, Pandora's Amphora. The Ambiguity of the Gift, 46 *UCLA Law Review* 815 (1999)).

la relation d'affection, l'intervention du droit serait inutile car systématiquement sollicitée après la rupture. Il serait alors trop tard pour espérer reformer une relation détruite[92]. De plus, ces promesses étant fortement insérées dans les relations sociales, elles feraient l'objet de sanctions extra-juridiques suffisantes[93]. L'intervention du droit serait dangereuse, même, parce que la potentialité de cette intervention corromprait les relations des parties en leur apportant un élément de défiance[94]. Le recours effectif au droit réduirait la relation à néant[95]. En outre, le caractère obligatoire de la promesse permettrait de la concevoir comme un bien d'une valeur correspondant à son équivalent monétaire[96]. Le donataire serait d'ailleurs débiteur d'un devoir moral de ne pas contraindre le concédant à l'exécution[97]. L'intervention du droit ne serait donc pas opportune. La relation d'affection et l'entretien de cette relation qui constitue la finalité de l'acte bienfaisant, justifierait son placement dans le non-droit.

27. D'autre part, l'acte bienfaisant apparaît étranger à la justice. Chez Aristote, la justice, vertu distincte de la libéralité et de la magnificence, a pour finalité d'attribuer à chacun ce qui lui est dû[98]. La justice est commutative « *lorsqu'il s'agit de régler les transferts de valeurs et autres échanges entre citoyens* », et impose de « *rétablir un équilibre rompu entre deux personnes, soit que l'une ait transmis à l'autre un bien une richesse, soit qu'elle lui ait causé un dommage*[99] ». Au regard de ce principe, la gratuité ne relève pas de la justice. Le transfert gratuit crée un déséquilibre entre deux patrimoines par un transfert unilatéral contraire à la commutativité des échanges. La justice est distributive « *lorsqu'il y a lieu de procéder à une répartition ou à une distribution (de biens ou de choses, mais aussi de droits ou de devoirs)* » et impose « *une proportionnalité* » entre ce qui est distribué et les mérites de chacun[100]. Le déséquilibre créé par la gratuité n'est fondé sur aucun critère objectif permettant de justifier la distribution des ressources que constituent l'appauvrissement de l'un et

92 R. A. PRENTICE, "Law &" and Gratuitous Promises, *loc. cit.* nbp nº 91, p. 935.
93 R. A. POSNER, Gratuitous Promises in Economics and Law, *loc. cit.* nbp nº 91, p. 411-415 ; C. J. GOETZ et R. E. SCOTT, Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract, *loc. cit.* nbp nº 91.
94 R. A. PRENTICE, "Law &" and Gratuitous Promises, *loc. cit.* nbp nº 91, p. 935.
95 M. EISENBERG, The World of Contract and the World of Gift, *loc. cit.* nbp nº 91, p. 847-849 ; M. A. EISENBERG, *Foundational Principles of Contract Law*, *op. cit.* nbp n° 91, p. 108.
96 *Ibid*.
97 *Ibid*.
98 M. FABRE-MAGNAN et F. BRUNET, *Introduction générale au droit*, 2e édition, PUF, 2022, nº 211. Voir aussi : F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, nº 6.
99 M. FABRE-MAGNAN et F. BRUNET, *Introduction générale au droit*, *op. cit.* nbp nº 98, nº 211.
100 *Ibid*.

l'enrichissement de l'autre. En application de ces principes de justice, ce déséquilibre doit être rectifié. La gratuité ne relève donc ni de la justice commutative, ni de la justice distributive[101].

28. Néanmoins, l'acte gratuit a très tôt été appréhendé par le droit. La jurisprudence et la doctrine romaines connaissaient les contrats de prêt, de mandat et de dépôt et ceux-ci y ont fait l'objet de développements substantiels, correspondant à leur importance dans la vie sociale romaine[102]. La donation était également saisie par le droit. Les donations ont été encadrées par la loi Cincia qui a interdit la plupart des donations, sauf les donations intrafamiliales[103]. Puis, le droit romain a prohibé les donations entre époux et réglementé la révocabilité des donations. Ont été édictées des contraintes de formes, variables selon les époques. Les règles les plus exigeantes ont imposé, à peine de nullité de la donation, qu'un écrit soit rédigé, que la chose soit remise en présence de témoins et que la donation soit versée aux archives[104]. Le droit a également reconnu aux fondations la capacité de recevoir[105], avant d'interdire à la fin du Moyen-Âge les libéralités leur étant adressées afin de préserver les intérêts de l'État et ceux des familles[106]. Les donations ont également été soumises à un droit de mutation[107].

29. Les rédacteurs de notre code civil, empreints de cette tradition, notamment romaine mais également coutumière, ont tenu pour évidente la juridicité de la donation et des contrats de services gratuits. C'est ainsi que le prêt, le mandat et le dépôt constituent des contrats nommés par le code civil, dont la gratuité est présentée comme essentielle pour certains, et de principe pour d'autres. Le code civil contient un volume important de règles relatives aux donations, décrites comme ayant pour finalité de protéger les parties, la famille, les créanciers du donateur et les intérêts de l'État, notamment en prévenant l'accroissement des biens dits de mainmorte,

101 J. T. GODBOUT, « Don, gratuité, justice », *Revue du MAUSS*, volume 35, n° 1, 2010, p. 429-432. Voir aussi, retenant que le législateur peut manifester de la bonté quoique celle-ci s'oppose à la justice : G. CORNU, « La bonté du législateur », *RTD civ.* 1991, p. 283.

102 Voir notamment : J. MICHEL, *La gratuité en droit romain*, *op. cit.* nbp n° 9, n^os^ 71-100, 139-196 et 254-308.

103 Ce qui peut être compris comme ayant pour finalité la protection des citoyens modestes desquels les nobles exigent des cadeaux en contrepartie des services rendus : J. GAUDEMET, *Cours de droit romain et d'ancien droit français, Licence 4e année, Histoire des libéralités entre vifs et des régime matrimoniaux, 1960-1961*, p. 18-19 ; G. LEPOINTE, *Droit romain et ancien droit français. Régimes matrimoniaux, Libéralités, Successions*, Editions Montchrestien, 1958, n° 8.

104 J. GAUDEMET, *Histoire des libéralités entre vifs et des régimes matrimoniaux*, *op. cit.* nbp n° 103, p. 46. Voir aussi : *ibid.*, p. 57, 95 et 127.

105 J. BOISSON, *Les libéralités à caractère collectif*, *op. cit.* nbp n° 10, n° 5 ; J. GAUDEMET, *Histoire des libéralités entre vifs et des régimes matrimoniaux*, *op. cit.* nbp n° 103, p. 77-80.

106 J. BOISSON, *Les libéralités à caractère collectif*, *op. cit.* nbp n° 10, n° 6.

107 *Ibid.* ; R. BAUDRIN, *Des droits de mutation à titre gratuit de la loi du 22 frimaire an VII à l'heure actuelle, de la taxe successorale*, Librairie du recueil Sirey, 1929, p. 6-10 ; V. COSSIC, *Essai sur la mutation à titre gratuit. Étude droit privé et de droit fiscal d'enregistrement*, th. Paris I, 1991, n^os^ 42-58.

c'est-à-dire accumulés par une personne morale[108]. Le législateur contemporain encourage les donations familiales descendantes pour favoriser une distribution intergénérationnelle du patrimoine. Il favorise les dons aux organismes menant une œuvre d'utilité publique en les assortissant d'un crédit d'impôt[109].

30. L'inclusion des prestations gratuites dans le domaine du droit est opportune. L'exécution de la prestation est en effet susceptible de donner naissance à des situations appelant une sanction juridique. C'est le cas du dommage subi par l'une des parties à l'occasion de cette exécution. La justice commutative peut imposer que l'une des parties indemnise l'autre. De même, les effets de la remise d'une chose doivent faire l'objet d'une règle de droit. Le droit doit intervenir pour protéger les parties. Dans ce domaine comme dans les autres, « *organiser sciemment le retrait du droit revient très exactement à laisser à eux-mêmes ses concitoyens, à ne les laisser se soutenir que par leurs propres forces*[110] ». Le droit préserve également les intérêts des tiers, la prestation gratuite étant susceptible d'affecter leur situation. Certes, le droit n'intervient qu'après la fin de la relation, lors de la rupture. Toutefois, en faisant application du droit, *a posteriori*, on permet aux parties de s'abstraire du droit pendant leurs relations. Ainsi, c'est l'intervention de règles protectrices qui permet aux parties de se désintéresser des aspects juridiques de leurs relations, sans risquer l'injustice. Autrement dit, le non-droit vécu n'est permis que par la présence imperceptible du droit. La réflexion est analogue à celle qui justifie l'admission de la preuve du contrat par commencement de preuve par écrit en cas d'impossibilité morale de se préconstituer un écrit : la facilitation de la preuve, et donc de l'insertion d'un accord dans le droit, permet paradoxalement aux parties de rester plus proche du non-droit[111]. La prestation matérielle doit donc être appréhendée par le droit, peu important qu'elle résulte d'un accord gratuit.

31. Cependant, la juridicité de la prestation gratuite n'implique pas nécessairement la qualification contractuelle de l'accord gratuit, qui peut être mise en doute. L'article 1101 du code civil dispose que « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*. » L'accord entre

108 J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, Armand Colin, 1982, n° 7-10 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, 6e édition, LGDJ-Lextenso, 2015, n° 225 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : les successions, les libéralités*, 4e édition, Dalloz, 2013, n° 268-269.

109 P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 108, n° 225 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 108, n° 270-274.

110 A. SÉRIAUX, « Question controversée : la théorie du non-droit », *loc. cit.* nbp n° 83, n° 20.

111 Sur le lien entre preuve et non-droit, voir aussi : P. JESTAZ, *Le droit*, 10e édition, Dalloz, 2018 ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5e édition, Dalloz, 2012 ; C. ROSSETTO, *Le service gratuit*, *op. cit.* nbp n° 13, n° 271.

le concédant et le bénéficiaire sur la fourniture d'une prestation gratuite constitue un accord de volontés, de sorte qu'il répond à la première partie de la définition. Mais est-il destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ? Les parties ont-elles l'intention de produire les effets de droit nécessaires pour concrétiser juridiquement l'opération socio-économique voulue ?

32. Les auteurs doutent de la compatibilité entre contrat et gratuité. En particulier, de nombreux auteurs contestent la qualification contractuelle des accords relatifs à des services gratuits[112] et notamment de la convention d'assistance bénévole. Ainsi, la doctrine considère que les parties à un tel accord ne manifestent aucune intention de s'engager dans des liens juridiques[113] et qu'ils relèvent des rapports de courtoisie[114]. D'autres énoncent que la convention d'assistance bénévole est découverte *a posteriori* pour remédier à une situation préexistante, cependant que le contrat est caractérisé par la prévision pour l'avenir[115]. Les parties à l'accord gratuit n'auraient pas l'intention d'accomplir un acte de prévision pour l'avenir. Ce doute s'étend à certains contrats pourtant consacrés comme tels par le code civil. Ainsi, les effets produits par le prêt et le dépôt résulteraient moins de l'accord de volontés que de la simple remise de la chose, l'accord en lui-même ne produisant ainsi aucun effet de droit[116]. La Cour de cassation a, par ailleurs, refusé de reconnaître l'existence d'une convention de transport bénévole. Le transport bénévole est le fait pour une personne d'en transporter une autre, habituellement dans

112 Voir ainsi : J. GHESTIN, « La notion de contrat », *in Le contrat, Droits*, 1990, p. 18 ; A. POSEZ, *L'inexistence du contrat*, th. Paris II, 2010, n° 269 p. 463.

113 L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 3e édition, Librairie du recueil Sirey, 1939, n° 13 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol. Tome 2. Obligations, droits réels*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, n° 61 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2. Responsabilité civile et quasi-contrat*, 4e édition, PUF, 2019, n° 553 ; G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, 3e édition, 2008, n° 184 ; M. DOUCHY-OUDOT, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, préf. A. Sériaux, Economica, 1997, n° 81 ; R. BOUT, « La convention dite d'assistance », *in Études offertes à Pierre Kayser*, tome 1, PUAM, 1971, p. 157 ; P. JOURDAIN, note sous Civ. 1re, 6 avril 1994, *RTD civ.* 1994, p. 866 ; S. HOCQUET-BERG, « Remarques sur la prétendue convention d'assistance », *Gaz. Pal.* 9 janvier 1996, p. 32 ; C. CAILLÉ, « Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte juridique et le fait juridique », *in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 55 s., n° 19 ; M.-F. RUBIO, « La convention d'assistance bénévole : critique d'un contrat solidaire », *RRJ* 2007, p. 1727 s., n° 20 ; D. GALBOIS-LEHALLE, note sous Civ. 1re, 5 mai 2021, *D.* 2021. 1803 ; Y.-M. SERINET, note sous Civ. 1re, 5 mai 2021, *JCP G* 2021, act. 606 ; P. GAIARDO, note sous Civ. 1re, 5 janvier 2022, *D.* 2022. 740 ; V. MAZEAUD, note sous Civ. 1re, 5 janvier 2022, *Gaz. Pal.* 17 mai 2022, p. 9 ; R. LIBCHABER, note sous Civ. 1re, 18 janvier 2023, *RDC* juin 2023, n° RDC201l0.

114 D. GALBOIS-LEHALLE, note sous Civ. 1re, 5 mai 2021, *D.* 2021. 1803.

115 D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2020, nos 174-177.

116 Voir ainsi, soutenant que le dépôt hôtelier ne résulterait pas d'un consentement exprimé par les parties mais du seul fait que le voyageur ait apporté des effets avec lui : J. CARBONNIER, *Flexible droit, op. cit.* nbp n° 83, p. 434. Il en irait de même pour le contrat de dépôt en général : la qualification contractuelle résulterait moins d'une approche dogmatique et spiritualiste que d'une approche commune et matérialiste : *ibid.*, p. 343 ; S. PIMONT, « La question d'un grand juriste à propos d'un (tout) petit contrat », *in Débat : Le dépôt est-il véritablement un contrat ?*, *RDC* 2014, p. 142.

un véhicule terrestre à moteur, sans recevoir de contrepartie. L'accord portant sur un transport bénévole ne constitue pas un contrat et la responsabilité du transporteur est engagée sur le fondement de la responsabilité extra-contractuelle[117]. La doctrine approuve cette jurisprudence[118].

33. Pourtant, le code civil appréhende non seulement la prestation gratuite mais également l'accord sur celle-ci qui est qualifié de contrat. La qualification contractuelle du prêt, du mandat et du dépôt en droit romain n'est pas douteuse. Les parties pouvaient en obtenir l'exécution forcée. Le déposant disposait de l'*actio depositi* lui permettant d'obtenir la restitution de la chose et d'engager la responsabilité du dépositaire en cas de dommage causé à celle-ci[119]. Le prêteur pouvait demander la restitution de la chose[120]. Le mandant pouvait exercer l'*actio mandati* afin de contraindre le mandataire à rendre compte de sa gestion[121]. Le transport bénévole était considéré comme un cas particulier de mandat[122]. Quant à la donation, si elle n'était, originellement, pas considérée comme un contrat en elle-même, elle était rattachée à un acte juridique produisant des effets de droit. En effet, la donation était analysée comme une déclaration de la volonté des parties qui se greffait sur un acte juridique neutre, qui pouvait également servir à une opération onéreuse[123]. En toute hypothèse, elle est rapidement devenue un acte juridique individualisé dans lequel le transfert de propriété trouve sa source lorsqu'elle a été soumise à un formalisme spécifique[124].

34. La qualification contractuelle du prêt, du mandat, du dépôt et de la donation a été conservée par le code civil. Certes, la nature de la donation a été discutée lors de l'élaboration du code civil, ce qui a conduit à ce que l'article 893 la définisse comme un « *acte* » et non, ainsi

117 Civ., 27 mars 1928 ; *DP* 1928. 1. 145, note G. RIPERT ; *S.* 1928. 1. 353, note F. GÉNY ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2015 tome 2, n^{os} 212-213, p. 402. Voir aussi : L. JOSSERAND, « Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobile », *DH* 1926, chron. p. 21.

118 J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.* nbp n° 83, p. 37. Voir aussi, évoquant une « *intrusion du droit dans la complaisance » :* A. VIANDIER, « La complaisance », *JCP G* 1980. I. 2987, n^{os} 4 et 5. Voir aussi, donnant l'exemple de l'indemnisation du concédant par le bénéficiaire au cas de dommage : E.-H. PERREAU, « Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence », *RTD civ*. 1914, p. 489 s., spéc. p. 500.

119 J. MICHEL, *La gratuité en droit romain*, *op. cit.* nbp n° 9, n^{os} 72 et 82-88.

120 Sur l'*actio commodati*, voir implicitement : J. MICHEL, *La gratuité en droit romain*, *op. cit.* nbp n° 9, n^{o} 139. Sur le prêt de consommation : *ibid.*, n^{o} 164.

121 *Ibid.*, n^{o} 265.

122 J. MICHEL, *La gratuité en droit romain*, *op. cit.* nbp n° 9, n^{o} 275.

123 *Ibid.*, n^{o} 463.

124 J. GAUDEMET, *Histoire des libéralités entre vifs et des régimes matrimoniaux*, *op. cit.* nbp n^{o} 103, p. 47. Sur le débat doctrinal espagnol, opposant ceux qui considéraient la donation comme un mode d'acquisition de la propriété distinct du contrat et ceux qui la qualifiaient de contrat : J. L. DE LOS MOZOS, *La donación en el código civil y a través de la jurisprudencia*, *op. cit.* nbp n° 39, p. 46-64.

que le prévoyait le projet, comme un « *contrat* ». Cependant, cette modification est due à une intervention par laquelle Napoléon Bonaparte a énoncé que « *le contrat impose des charges mutuelles aux deux contractants ; qu'ainsi cette expression ne peut convenir à la donation*[125] ». Bonaparte considérait que la donation constituait un acte unilatéral. Mais il ne contestait pas qu'il s'agisse d'une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit. En droit positif français, il n'est pas douteux que l'accord sur une prestation gratuite, qu'il s'agisse du transfert de propriété d'un bien, d'un service de représentation, de conservation ou de mise à disposition d'un bien, peut constituer un contrat à titre gratuit ou à tout le moins un acte juridique unilatéral.

35. D'autres droits européens qualifient les accords sur une prestation gratuite de contrats[126]. Le code civil allemand, le Bürgerliches Gesetzbuch, envisage la donation au sein des contrats, dans une section relative au droit spécial des obligations[127]. La donation peut faire l'objet d'une exécution forcée[128]. C'est également le cas en droit espagnol[129]. Le code civil espagnol mentionne la catégorie des contrats à titre gratuit dans un article relatif à la cause des contrats[130]. Il précise que les donations entre vifs sont soumises au droit des contrats[131]. Le code civil italien définit expressément la donation comme un contrat[132]. Quant aux contrats de services gratuits, le BGB connaît également et qualifie de gratuit le prêt à usage[133], le mandat[134], et envisage la gratuité du dépôt en énonçant qu'une rémunération peut être présumée selon les circonstances[135]. Le code civil espagnol connaît également le mandat et le dépôt, qui sont présumés gratuits[136], le prêt à usage, essentiellement gratuit, et le prêt de choses fongibles, qui

125 A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome 12, Videcoq, 1836, p. 261.
126 R. HYLAND, *A Study in Comparative Law*, *op. cit.* nbp n° 36, n° 1315
127 BGB, § 516, au sein du Titre 4 de la Section 8.
128 Voir ainsi, prévoyant des conditions de forme ainsi qu'une exception à l'exception forcée, ce dont il ressort qu'en cas de respect des conditions de forme, la donation peut en principe faire l'objet d'une exécution forcée : BGB, § 518 et 519.
129 J. R. DE VERDA Y BEAMONTE (dir.), *Obligaciones y contratos*, *op. cit.* nbp n° 39, p. 287 ; J. L. DE LOS MOZOS, *La donación en el código civil y a través de la jurisprudencia*, *op. cit.* nbp n° 39, p. 67.
130 Article 1274 du code civil espagnol.
131 Article 621.
132 Article 769. Voir aussi, retenant la qualification de contrat : G. BONILINI (dir.), *Le donazioni*, *op. cit.* nbp n° 41, p. 14-18 ; N. LIPARI et P. RESCIGNO (dir.), *Il contratto in generale*, *op. cit.* nbp n° 42, p. 317 ; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile, Volume secondo*, *op. cit.* nbp n° 42, p. 213.
133 § 598.
134 § 662.
135 § 689
136 Articles 1711 et 1670. Voir aussi : J. R. DE VERDA Y BEAMONTE (dir.), *Obligaciones y contratos*, *op. cit.* nbp n° 39, p. 395 et p. 412-413 ; R. ESCUTIA ROMERO, *Derecho de los contratos*, *op. cit.* nbp n° 40, p. 353 et 406.

peut être gratuit[137]. Le code civil italien présume le mandat et le prêt de consommation onéreux[138] et le dépôt gratuit[139]. Il connaît le commodat, dont la gratuité est essentielle[140].

36. Les accords gratuits ne constituent pas des contrats dans les pays de « *common law* ». À l'inverse, selon la conception dominante dans les droits anglo-saxons, le contrat est un échange (« *bargain* »). La promesse[141] ne donne naissance à un contrat que si elle est accueillie par une « *consideration* », c'est-à-dire si quelque chose qui a une valeur au sens du droit est donné en échange[142]. Or, la promesse gratuite (« *donative promise*[143] ») présente cette caractéristique qu'elle est dépourvue de « *consideration* » fournie par le bénéficiaire. En principe, elle ne produit pas de contrat sanctionné par le droit (« *legally enforceable contract* »)[144]. En d'autres termes, l'accord gratuit ne constitue pas un contrat doté de force obligatoire.

37. En « *common law* », l'exécution d'une prestation gratuite produit des effets de droit qui ne relèvent pas du droit des contrats. La promesse gratuite (« *donative promise* ») ne constitue pas un contrat et son inexécution n'est pas sanctionnée. Toutefois, lorsqu'elle a fait l'objet d'une exécution, celle-ci produit des effets de droit. En droit des biens (« *property*

137 Article 1740. Voir aussi : J. R. DE VERDA Y BEAMONTE (dir.), *Obligaciones y contratos*, *op. cit.* nbp n° 39, p. 430 et 443 ; R. ESCUTIA ROMERO, *Derecho de los contratos*, *op. cit.* nbp n° 40, p. 376, 377 et 385.

138 Article 1709 et 1815.

139 Article 1767.

140 Article 1803. Voir aussi : N. LIPARI et P. RESCIGNO (dir.), *Il contratto in generale*, *op. cit.* nbp n° 42, p. 317 ; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, *Volume secondo*, *op. cit.* nbp n° 42, p. 216.

141 Par facilité de langage, le terme de promesse sera employé ici comme un synonyme d'accord, c'est-à-dire la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Cette acception n'est pas celle des droits anglo-saxons, qui qualifient de promesse l'acte unilatéral engageant son émetteur à l'égard de son destinataire, même en l'absence de toute manifestation de volonté de ce dernier. Elle ne constitue donc ni une offre, ni la rencontre d'une offre et d'une acceptation : P. M. TIERSMA, Reassessing Unilateral Contracts: The Role of Offer, Acceptance and Promise, 26 *University of California, Davis Law Review* 1 (1992-1993). Les droits anglo-saxons ne connaissent pas le contrat à titre gratuit, ni l'offre et l'acceptation portant sur une prestation gratuite. Dans les droits anglo-saxons, ce que nous désignons sous le terme d'accord gratuit, la rencontre d'une offre et d'une acceptation portant sur une prestation gratuite, serait donc qualifié de promesse gratuite.

142 H. G. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts. Volume I. General principles*, 30e edition, Sweet & Maxwell, 2008, n° 3-002.

143 La promesse gratuite (« *donative promise* ») est la promesse de faire un don (« *promise to make a gift* »), le don (« *gift* ») étant le transfert volontairement accompli pour un motif ressortant de l'affection portée par son auteur à un tiers ou pour satisfaire des aspirations morales telles que la bienfaisance ou la générosité, et qui n'est pas conditionné à un échange réciproque : M. A. EISENBERG, *Foundational principles of contract law*, *op. cit.* nbp n° 91, p. 97. Le terme de « *donative promise* » doit être préféré à celui de « *gratuitous promise* », lequel fait référence à toute promesse dépourvue de « *consideration* », mais n'implique pas le caractère bienfaisant du transfert : J. M. FEINMAN, Promissory Estoppel and Judicial Method, 97 *Harvard Law Review* 678, p. 689.

144 Voir par exemple : H. G. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts. Volume I. General principles*, *op. cit.* nbp n° 142, n° 3-002 ; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 4e édition, Aspen Publishers, 2004, p. 78. En français, voir P. GAIARDO, *Contribution à l'étude critique et comparative des théories du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2020, n°s 227-228.

law »), la remise volontaire d'un bien (« *delivery* ») accomplie à titre gratuit est qualifiée de don (« *gift* ») et emporte transfert de propriété[145]. En d'autres termes, le transfert de propriété ne résulte pas d'un contrat mais de la remise matérielle du bien. Elle relève du droit des biens et non du droit des contrats. Il ressort du droit des restitutions (« *law of restitution* ») ou de l'enrichissement injustifié (« *unjust enrichment* ») que la prestation volontairement consentie ne peut donner lieu à restitution[146]. Le droit de la responsabilité civile (« *tort law* ») peut fonder une action en responsabilité contre celui qui agit négligemment lors de la prestation de service gratuite[147]. Ainsi, la réalisation d'une prestation produit des effets de droit, peu important qu'elle constitue l'exécution d'un accord gratuit. Ces effets de droit ne trouvent pas leur source dans l'accord lui-même, ils ne prennent pas la forme d'obligations contractuelles ou de la sanction de l'inexécution d'obligations contractuelles. Ils résultent de l'application d'une diversité de règles de droit extra-contractuelles.

38. La question se pose donc de la possibilité d'écarter, en droit français, la qualification contractuelle de l'accord gratuit et d'encadrer la prestation gratuite par des règles extra-contractuelles. Les prestations gratuites, qu'il s'agisse d'un transfert de propriété ou d'une prestation de service, pourraient se voir appliquer diverses règles provenant d'autres droits, tels que le droit des successions, le droit des biens, ou le droit des restitutions[148], voire même être considérés comme des objets *sui generis*, autonomes et insusceptibles d'être rattachés à une catégorie existante[149]. La doctrine française souligne que d'autres instruments extra-contractuels seraient mieux adaptés pour régir la situation résultant de la prestation d'assistance bénévole. Pour la plupart des auteurs, les quasi-contrats existants constitueraient le fondement le plus adapté[150]. D'autres leur préfèrent la responsabilité civile

145 H. G. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, *op. cit.* nbp n° 142, n° 29-019 ; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, *op. cit.* nbp n° 144, § 2.5 ; M. BRIDGE, *Personal property law*, 4e edition, 2015, Oxford University Press.

146 H. G. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, *op. cit.* nbp n° 142, 29-019 ; G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, 3rd edition, Oxford University Press, 2015, p. 148.

147 H. G. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, *op. cit.* nbp n° 142, 3-179.

148 R. HYLAND, *A Study in Comparative Law*, *op. cit.* nbp n° 36, n^os^ 1342-1352.

149 *Ibid.*, n° 1365.

150 Certains font appel à la gestion d'affaires : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2. Responsabilité civile et quasi-contrat*, *op. cit.* nbp n° 113, n° 553 ; M. RIOU, « L'acte de dévouement », *RTD civ.* 1957, p. 241, n° 21 ; P. JOURDAIN, note sous Civ. 1re, 6 avril 1994 précitée ; J.-L. AUBERT, note sous Civ. 1re, 1er décembre 1969, *JCP* 1970. II. 16445 ; D. GALBOIS-LEHALLE, note sous Civ. 1re, 5 mai 2021, *D.* 2021. 1803 (voir antérieurement, préconisant la reconnaissance d'un nouveau quasi-contrat : D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, *op. cit.* nbp n° 115, n° 175). D'autres prônent la reconnaissance d'un nouveau quasi-contrat : C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, préf. Y. Lequette, Defrénois, 2007, n^os^ 790 à 790-3 ; A. MONTAS, *Le quasi-contrat d'assistance*, préf. Y. Tassel, avant-propos M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2007, p. 334 ; C. CAILLÉ, « Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte juridique et le fait juridique », *loc. cit.* nbp n° 113, p. 55. D'autres retiennent que l'indemnisation trouve sa source

extra-contractuelle[151]. Mais il pourrait également être préconisé la création d'une institution autonome, constituée d'un ensemble de règles légales applicables spécifiquement à la prestation gratuite constituant l'exécution d'un accord des parties auquel la qualification de contrat serait refusée. Certains auteurs préconisent ainsi la création d'un quasi-contrat *sui generis* ou l'application d'un corps de règles *quasi ex contractu*[152].

39. La reconnaissance de la qualification contractuelle de l'accord sur une prestation gratuite nous paraît cependant à la fois utile et juste[153].

40. La qualification contractuelle nous paraît utile. La force exécutoire de l'accord gratuit non exécuté peut être défendue par son utilité économique et, par-là, son utilité sociale. Des auteurs américains d'économie du droit ont théorisé l'utilité résultant de la force exécutoire conférée à la promesse gratuite. L'utilité du bénéficiaire est maximisée lorsque la promesse est obligatoire. Il peut alors prendre sur le fondement de sa confiance dans l'exécution de la promesse les mesures lui permettant d'en maximiser le bénéfice pour lui. Corrélativement, l'utilité retirée du concédant de l'accord gratuit, qui varie directement selon celle du bénéficiaire, augmente lorsque la promesse est obligatoire. En d'autres termes, le concédant peut souhaiter promettre au bénéficiaire la fourniture d'un avantage ultérieur, sans vouloir procéder immédiatement à l'exécution, et néanmoins souhaiter que le bénéficiaire puisse considérer que l'obtention de l'avantage est certaine. Plus généralement, l'obligation d'exécuter les accords gratuits incite chacun au respect de ses promesses.

---

dans le principe général d'interdiction de s'enrichir aux dépens d'autrui : S. HOCQUET-BERG, « Remarques sur la prétendue convention d'assistance », *Gaz. Pal*. 9 janvier 1996, p. 32 s., n° 35.

151 Voir ainsi : G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.* nbp n° 113, n° 184 ; P. JOURDAIN, note sous Civ. 1re, 6 avril 1994, *RTD civ.* 1994, p. 866 ; P. JOURDAIN, note sous Civ. 1re, 17 décembre 1996, *RTD civ.* 1997, p. 431 ; Y.-M. SERINET, note sous Civ. 1re, 5 mai 2021, *JCP G* 2021, act. 606 ; O. ROBIN-SABARD, note sous Civ. 1re, 5 mai 2021, n° 19-20.579, *RLDC* septembre 2021, p. 13 ; P. GAIARDO, note sous Civ. 1re, 5 janvier 2022, *D*. 2022. 740 ; R. LIBCHABER, note sous Civ. 1re, 18 janvier 2023, *RDC* juin 2023, n° RDC201l0. Voir aussi, suggérant à la fois la responsabilité délictuelle et la gestion d'affaires : C. RADÉ, comm. sous Civ. 1re, 5 mai 2021, *Resp. civ. et assur.* septembre 2021, comm. 140 ; A. STEVIGNON, note sous Civ. 1re, 5 mai 2021, *Gaz. Pal.* 6 juillet 2021, p. 21.

152 Voir ainsi, préconisant une intervention du législateur : L. CAMPION, *La notion d'assistance en droit privé. Étude de doctrine, de jurisprudence et législation comparée*, Bruylant- Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1929, n° 84. Écartant la qualification de quasi-contrat au sens des textes issus de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, mais préconisant que l'assistance bénévole, situation de fait, soit traitée « *quasi ex contractu c'est-à-dire comme si elle relevait d'un contrat* » : R. LIBCHABER, note sous Civ. 1re, 18 janvier 2023, *RDC* juin 2023, n° RDC201l0. Voir aussi, énonçant que la reconnaissance d'une institution autonome permettrait d'alléger la pression du droit et de consacrer la spécificité du don : R. HYLAND, *A Study in Comparative Law*, *op. cit.* nbp n° 36, n° 1365.

153 Sur l'utile et le juste en droit des contrats, voir par exemple : J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *D*. 1982, chron. 1 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique,* 17e édition, Sirey, 2022, n° 155.

41. La reconnaissance du caractère contractuel des effets du contrat exécuté est également plus simple. Certes, il est concevable de préférer aux effets d'un contrat à titre gratuit une pluralité d'effets relevant de textes épars et de logiques distinctes. Mais, l'application à un événement, l'exécution d'un accord gratuit, d'un corps de texte unique, celui du contrat, nous paraît préférable. La souplesse des obligations contractuelles permet de prendre en compte le caractère volontaire de l'exécution de la prestation, de même que sa gratuité.

42. Surtout, la qualification contractuelle nous paraît juste. **Des règles morales nous paraissent devoir être transposées en droit et imposer, sous certaines conditions, la qualification contractuelle de l'accord gratuit**. Mauss a mis en lumière l'ensemble de devoirs sociaux enserrant le don, et notamment la triple obligation précitée de donner, de recevoir et de rendre. Ces devoirs, qui peuvent également être considérés comme des devoirs moraux, ne sauraient être tous consacrés juridiquement. Cependant, deux obligations morales, liées à l'accord gratuit, nous semblent devoir être traduits en droit.

43. D'une part, l'obligation morale de tenir ses promesses doit, selon nous, s'étendre aux promesses gratuites. Certes, la règle « *pacta sunt servanda* » tire sa force de ce que, corrélativement, l'obligation souscrite par celui qui s'engage trouve sa cause dans une obligation réciproque souscrite par son cocontractant[154]. C'est dans le cadre des contrats synallagmatiques que l'obligation de respecter ses promesses trouve sa force la plus grande. Toutefois, cette obligation nous paraît être présente, quoiqu'atténuée, dans les accords gratuits. Si tous les accords gratuits ne sont pas moralement obligatoires, lorsque les parties ont adopté des formes particulièrement solennelles, le devoir moral de respecter sa promesse nous paraît pouvoir être consacré juridiquement pour donner naissance à un contrat à titre gratuit. De même, lorsque la prestation a été exécutée, le promettant est tenu d'un devoir moral, consacré juridiquement, de ne pas revenir sur sa promesse en demandant restitution.

44. D'autre part, l'obligation morale de témoigner de la gratitude, ou, plus exactement, d'agir avec reconnaissance, à l'égard de celui qui procure un bienfait nous semble pouvoir être juridiquement imposée à celui qui le reçoit[155]. Cette reconnaissance doit irriguer les conséquences juridiques de la prestation gratuite. Par exemple, l'indemnisation de l'assistant bénévole, de celui qui a subi un dommage en procurant à autrui un service gratuit, doit tenir compte de sa bienfaisance. Or, ce devoir de gratitude nous semble trouver sa source non

154 Voir aussi *infra*, nº 576.
155 C. ROSSETTO, *Le service gratuit*, *op. cit.* nbp nº 13, n° 79.

seulement dans l'accomplissement de la prestation gratuite par le concédant, mais plus précisément dans son acceptation par le bénéficiaire, et donc dans l'accord gratuit.

45. Plan. Le contrat à titre gratuit nous semble devoir être défini comme l'acte bienfaisant, caractérisé par la fourniture d'un avantage par le concédant au bénéficiaire dans l'intention bienfaisante de le préférer à lui-même (Première partie). Sa qualification contractuelle, ou, plus exactement, celle de l'accord sur la prestation gratuite, doit selon nous être affirmée (Seconde partie).

Première partie - Le caractère bienfaisant de l'accord gratuit
Seconde partie - La qualification contractuelle de l'accord gratuit

PREMIÈRE PARTIE
LE CARACTÈRE BIENFAISANT DE L'ACCORD GRATUIT

46. La conception bienfaisante de la gratuité nous semble devoir être de nouveau défendue. Nous avons exposé sommairement les principaux arguments qui justifient, selon nous, de réexaminer la possibilité de retenir la conception bienfaisante de la gratuité[156]. Elle nous semble est préférable symboliquement. Elle consacre l'insertion de la bienfaisance dans le code civil, dans la normalité. Surtout, c'est la bienfaisance qui justifie l'essentiel des éléments du régime de la gratuité, et notamment la faveur dans l'appréciation de la responsabilité du concédant[157]. En d'autres termes, le concédant d'un acte intéressé ne doit bénéficier ni de la portée symbolique du qualificatif gratuit, ni du régime de faveur qui est associé à la gratuité. Il s'agit désormais de préciser ces arguments.

47. La précision d'éléments objectifs permettant de distinguer l'acte bienfaisant de l'acte intéressé permettra de consolider l'argument en faveur de l'admission de la conception bienfaisante de la gratuité. La distinction de la bienfaisance et de l'intérêt suppose de s'intéresser aux motifs des parties, ce qui peut apparaître comme une entreprise hasardeuse source d'arbitraire. Toutefois, selon nous, des éléments objectifs permettent d'identifier à la fois l'intérêt excluant la bienfaisance, et l'intention bienfaisante elle-même. L'identification de ces éléments objectifs permet de cerner et ainsi de mieux défendre la conception abstraite de la gratuité.

48. Plan. Nous soutiendrons que la conception abstraite peut et doit être écartée au profit de la conception bienfaisante de la gratuité (Titre premier). L'admission de la conception bienfaisante est rendue, à notre sens, crédible par la détermination d'élément objectivement constatables permettant de les identifier (Titre second).

Titre premier - Défense de la conception bienfaisante de la gratuité
Titre second - Éléments caractéristiques de la gratuité bienfaisante

156 Voir *supra*, n^os^ 19-22.
157 Sur le régime de la gratuité, voir *infra*, n^o^ 153.

TITRE PREMIER
DÉFENSE DE LA CONCEPTION BIENFAISANTE DE LA GRATUITÉ

49. Nous croyons nécessaire de défendre la conception bienfaisante de la gratuité. Celle-ci se justifie, en opportunité, par la nécessité d'exclure les nombreuses manifestations de « gratuité » intéressée de la catégorie gratuite. L'admission de la « gratuité » intéressée dilue la signification profonde de la gratuité et son lien avec le désintéressement et la grâce. Elle aboutit à l'application aux contrats intéressés d'un régime qui ne leur est pas adapté. Affirmée rapidement en opportunité, cette préférence pour la bienfaisance doit être justifiée davantage.

50. La préférence pour la conception bienfaisance de la gratuité ressort, d'une part, de la relativité historique et axiologique de l'adoption de la conception abstraite de la gratuité. La gratuité, au sens du code civil de 1804 et tel que ce dernier a été interprété par la doctrine, était intimement liée à la bienfaisance. Ce n'est qu'à compter de la seconde moitié du XX^{e} siècle que la doctrine adopte la conception abstraite de la gratuité, avant d'être consacrée par l'ordonnance de réforme du 10 février 2016[158]. Les principaux arguments exposés en faveur de la conception abstraite de la gratuité reposent sur l'idée que la personne ne serait pas véritablement capable de désintéressement, que tout acte serait partiellement intéressé, et qu'à supposer que des actes bienfaisants existent, il serait impossible de les identifier. Or, ces arguments ne sont pas axiologiquement neutres. Ils s'inscrivent dans une conception individualiste et rationaliste de l'être humain[159]. Nous défendrons au contraire qu'il est possible de considérer que les actes bienfaisants.

51. La possibilité de la reconnaissance de la conception abstraite de la gratuité permet d'analyser le droit positif d'un œil neuf. Il en ressort qu'en présence d'un contrat désintéressé, c'est-à-dire comportant un engagement dépourvu de contrepartie, les motifs sont triplement déterminants : ils permettent la qualification du contrat à titre gratuit, ils rendent l'engagement intelligible et fondent ainsi la validité du contrat, et ils justifient l'application du régime de la gratuité[160].

158 Voir *infra*, Chapitre premier, Section I.
159 Voir *infra*, Chapitre premier, Section II.
160 Sur le régime de la gratuité, voir *infra*, n^{o} 153.

52. Plan. L'hégémonie de la conception abstraite de la gratuité est donc relative : elle résulte d'un choix doctrinal opéré dans la seconde moitié du XX^{e} siècle et s'inscrit dans un ensemble de valeurs déterminées (chapitre premier). Une fois la conception abstraite dépouillée de ses atours d'évidence, il apparaît qu'elle n'est pas conforme au droit positif : elle constitue une représentation inexacte de la jurisprudence relative à la qualification et à la validité de l'acte à titre gratuit et elle est incohérente avec les justifications du régime de la gratuité (chapitre second).

Chapitre premier - La relativité historique et axiologique de la conception abstraite de la gratuité
Chapitre second - La prise en compte des motifs de l'engagement dépourvu de contrepartie équivalente

CHAPITRE PREMIER
LA RELATIVITÉ HISTORIQUE ET AXIOLOGIQUE DE LA CONCEPTION ABSTRAITE DE LA GRATUITÉ

53. La conception abstraite de la gratuité est aujourd'hui, sans conteste, majoritaire en doctrine. La conception abstraite est si communément adoptée que les définitions qui s'y rattachent ont été adoptées sans débat particulier par les projets de réforme du droit des contrats successifs, puis par l'ordonnance du 10 février 2016, et siègent désormais dans le code civil[161].

54. Il nous paraît néanmoins opportun de défendre de nouveau la conception bienfaisante de la gratuité. Selon les arguments déjà soulevés en introduction, la conception abstraite de la gratuité, qui inclut sous ce même qualificatif des contrats bienfaisants et des contrats intéressés, étend démesurément la dimension symbolique de la gratuité, rattachée au gracieux et au désintéressé[162]. Elle applique aux contrats relevant de la « gratuité » intéressée un régime inadapté.

55. À cet égard, la doctrine majoritaire n'a adopté la conception abstraite que tardivement. L'analyse des écrits publiés autour et à compter du code civil révèle que les législateurs ont, en 1804, choisi la conception bienfaisante de la gratuité[163]. Cette position a été suivie sans être remise en cause par la doctrine tout au long du XIX^e^ siècle. Elle a survécu à des débats doctrinaux substantiels dans la première moitié du XX^e^ siècle. Ce n'est qu'à compter des années 1950 que l'ensemble des auteurs se sont, d'un même mouvement, tournés vers la conception abstraite de la gratuité[164].

56. La conception abstraite s'inscrit, de plus, dans une perspective axiologique déterminée. Les auteurs qui motivent leur choix de la conception abstraite par préférence à la conception bienfaisante retiennent des arguments dévoilant leur adhésion à des valeurs identifiables. D'une part, ils énoncent que la « vraie » bienfaisance est rare, que la grande majorité des actes humains sont intéressés. Il en ressort une conception individualiste de l'être humain : celui-ci serait principalement animé par la poursuite de son propre intérêt. D'autre part, ils considèrent que les motifs bienfaisants sont inaccessibles, insusceptibles d'être

161 Voir *infra*, n^os^ 89-92.
162 Voir *supra*, n^os^ 19-22.
163 Voir *infra*, n^os^ 65-73.
164 Voir *infra*, n^os^ 82-88.

prouvés. Ils retiennent ainsi que la bienfaisance est insusceptible d'être appréhendée par le droit[165]. Cette position s'explique par le caractère irrationnel de la bienfaisance. Elle s'inscrit dans l'idée plus générale que la science juridique ne peut appréhender ses objets que par la raison. Cependant, les actes humains peuvent être rendus intelligibles par d'autres éléments que la seule raison, par exemple par l'appréhension des émotions susceptibles de les avoir motivés[166]. Il est possible de retenir que la personne peut adopter un comportement bienfaisant. Et l'intention bienfaisante peut même être présumée dans certaines situations dans lesquelles il paraît normal qu'une personne soit animée par la bienfaisance. Par exemple, quand une personne fait un don à son enfant ou à une association humanitaire, il ne peut être supposé qu'elle poursuit son propre intérêt. En l'absence de contrepartie ou d'autre avantage apparemment obtenu par la donatrice, la relation entretenue par la donatrice avec le bénéficiaire ou l'œuvre philanthropique menée par celui-ci permet de présumer l'existence de cette intention bienfaisante.

57. Selon nous, ces motifs bienfaisants peuvent être présumés lorsque sont établis certains éléments objectifs. D'une part, la relation entretenue par les parties permet de supposer que le concédant a été animé par le désir de préférer son proche à lui-même. Est donc identifiable une bienfaisance que l'on peut qualifier de relationnelle. D'autre part, le constat que l'avantage procuré par le concédant est affecté à la réalisation d'une œuvre menée pour le bien des êtres humains permet de supposer que le concédant a souhaité agir pour le bien de l'humanité. Il peut être présumé qu'il est animé par des motifs philanthropiques.

58. Entendus comme les actes par lesquels une personne procure un avantage à autrui dans l'intention d'avantager un proche ou d'agir pour le bien de l'humanité, les actes de bienfaisance ne sont pas rares. Leur qualification résultant d'une présomption fondée sur des éléments objectifs, la relation entretenue par les parties ou l'œuvre menée par le bénéficiaire, ils sont objectivement identifiables.

59. **Plan**. La conception abstraite de la gratuité n'est donc devenue majoritaire dans la doctrine moderne que tardivement (Section I). Elle s'ancre implicitement mais nécessairement dans une vision individualiste et rationaliste des actes humains (Section II).

165 Voir *infra*, n^os^ 99-104.
166 Voir *infra*, n^os^ 134-136.

Section I
L'adoption tardive de la conception abstraite de la gratuité
Section II
L'ancrage de la conception abstraite de la gratuité dans la tradition utilitariste et individualiste de l'être humain

SECTION I
L'ADOPTION TARDIVE DE LA CONCEPTION ABSTRAITE DE LA GRATUITÉ

60. L'analyse des discours doctrinaux relatifs à la gratuité permet d'évaluer les poids respectifs des adhésions à la conception abstraite et à la conception bienfaisante de la gratuité. La formalisation de l'existence de deux conceptions concurrentes de la gratuité, abstraite et bienfaisante, est récente. Toutefois, l'opposition s'évince de la comparaison des termes employés par les textes et par la doctrine. Elle est apparente, déjà, dans les écrits de Domat et Pothier. Elle peut être suivie, ensuite, dans le code civil puis dans les discours doctrinaux tout au long des XIX^{e} et XX^{e} siècle.

61. Le rattachement d'un auteur à la conception bienfaisante ou à la conception abstraite résulte, en premier lieu, du vocabulaire retenu pour **définir la gratuité et l'onérosité**. Certains recherchent l'onérosité dans l'existence de prestations réciproques, tandis que d'autres la trouvent dans la poursuite d'un intérêt par chacune des parties. Autrement dit, certains qualifient un contrat de gratuit lorsque le concédant fournit une prestation sans recevoir de prestation réciproque équivalente et d'autres exigent son désintéressement. Les premiers relèvent de la conception abstraite, les seconds de la conception bienfaisante. Corrélativement, la conception retenue par les auteurs peut apparaître dans leur appréhension de la **« gratuité » intéressée**[167]. S'ils retiennent que l'acte accompli par un concédant qui poursuit son propre intérêt peut être qualifié de gratuit, il peut être considéré qu'ils adhèrent à la conception abstraite de la gratuité. Au contraire, celui qui retient que l'intérêt recherché par le concédant emporte la qualification onéreuse adopte la conception bienfaisante de la gratuité.

62. Les discours sur **la cause** et plus particulièrement sur **la cause de l'engagement du disposant dans les libéralités** permettent également de discriminer les tenants de la conception abstraite de ceux qui adoptent la conception bienfaisante. Nous verrons que certains retiennent

167 Sur les actes de gratuité intéressée, voir *supra*, n^{os} 16-17.

que la cause de l'engagement du concédant réside dans la bienfaisance, l'intention de faire du bien ou la relation qu'il entretient avec le bénéficiaire. Ils adhèrent à la conception bienfaisante de la gratuité. D'autres, qui se contentent de la seule intention de procurer un avantage, peuvent être rattachés à la conception abstraite.

63. Plan. Si le code civil et ses exégètes semblent avoir retenu la conception bienfaisante de la gratuité (A.), celle-ci s'est effacée à compter du milieu du XX^{e} siècle au profit de la conception abstraite (B.).

A. Le code civil : le choix de la bienfaisance
B. Les XXe et XXIe siècles : l'adoption de la conception abstraite

A. LE CODE CIVIL : LE CHOIX DE LA BIENFAISANCE

64. Plan. Les sources du code civil révèlent que les rédacteurs étaient confrontés à la conception abstraite et à la conception bienfaisante de la gratuité (1.). L'adoption du terme de contrat de bienfaisance indique que c'est bien la seconde que les rédacteurs ont retenue (2.). C'est en ce sens que le code a été interprété par la doctrine majoritaire au XIX^{e} siècle (3.).

1. Les sources du code civil
2. La rédaction du code civil
3. L'interprétation du code civil

1. Les sources du code civil

65. Domat conserve la conception abstraite du droit romain. Le code civil trouve ses sources immédiates dans les travaux de deux jurisconsultes, Domat (1625-1696) et Pothier (1699-1772), lesquels ont procédé à la synthèse entre le droit romain et les coutumes[168].

66. Domat retient une définition abstraite de la gratuité. Il n'utilise pas le terme de bienfaisance. Il oppose les contrats dans lesquels il se « *fait un commerce où rien n'est gratuit*[169] » à ceux dans lesquels « *l'engagement de celui qui donne, a son fondement sur quelque motif raisonnable, comme un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien*[170]. » Il énonce que les donations sont justifiées « *par la reconnaissance des bienfaits, ou par l'estime du mérite, ou par le motif de secourir ceux qui en*

168 Voir par exemple : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, 6^{e} édition, PUF, 2021, n^{o} 93.
169 J. DOMAT, *Œuvres de J. Domat par M. Carré,* tome 1, Kleffer, 1821, p. 122.
170 *Ibid.*, p. 124.

ont besoin, ou par d'autres vues[171] ». Il retient dès lors que la catégorie des contrats à titre gratuit n'est pas limitée aux contrats motivés par la bienfaisance, mais inclut des contrats causés par « *quelque motif raisonnable* » ou « *d'autres vues* »[172].

67. À l'inverse, Pothier défend une conception bienfaisante de la gratuité. Pour Pothier, l'opposition entre gratuité et onérosité recouvre celle tracée entre la bienfaisance et l'intérêt. Il adopte les termes de « *contrats intéressés de part et d'autre* », de « *contrats de bienfaisance* » et de « *contrats mixtes*[173] ». Ses définitions indiquent que la bienfaisance est incompatible avec la poursuite d'un intérêt par le concédant. Les contrats intéressés sont définis comme « *ceux qui se font pour l'intérêt et l'utilité réciproque de chacune des parties* », les contrats de bienfaisance comme « *ceux qui ne se font que pour l'utilité de l'une des parties contractantes* », les contrats mixtes étant ceux « *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*[174] ». Il décrit encore le prêt comme renfermant en principe un « *bienfait*[175] » et le dépôt comme un « *office d'ami*[176] ».

2. La rédaction du code civil

68. Les définitions retenues par le code civil ne tendent pas vers l'une ou l'autre des conceptions de la gratuité. Aux termes du code civil :

« *Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit.* »

« *Le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose.* »

171 *Ibid.*, p. 297.

172 Domat retient également que le prêt à usage peut être conclu dans l'intérêt exclusif du prêteur : *ibid.*, p. 77.

173 R.-J. POTHIER, *Oeuvres complètes*, tome 2, Thomine et Fortic, 1821, n° 12, p. 11.

174 *Ibid.* ; voir aussi R.-J. POTHIER, *Oeuvres complètes. Tome 8. Traités des contrats de bienfaisance*, tome 8, Thomine et Fortic, 1821, p. 1. Toutefois, Pothier admet la gratuité du prêt à usage conclu dans l'intérêt exclusif du prêteur. Développant la théorie de la prestation des fautes, il indique que le prêt peut être conclu dans l'intérêt exclusif du prêteur et que dans une telle hypothèse, la responsabilité de l'emprunteur doit être appréciée moins sévèrement : *ibid.*, p. 37.

175 *Ibid*., p. 5.

176 *Ibid*., p. 268. Notons toutefois qu'il écrit également que demeure gratuit le dépôt dans lequel le dépositaire est récompensé par un présent spontanément offert : *ibid.*, p. 268-269.

69. La gratuité est évoquée dans les articles relatifs aux libéralités[177], au prêt[178], au dépôt[179] et au mandat, mais elle n'est pas définie[180]. Elle n'est pas mentionnée dans le livre consacré aux sûretés[181].

70. Toutefois, l'adoption de la dénomination de « *contrat de bienfaisance* » par préférence à celle de « *contrat à titre gratuit* » permet de soutenir que les rédacteurs ont consacré la conception de Pothier. Le code civil a retenu le terme de contrat de bienfaisance et non celui de contrat à titre gratuit. Il ne ressort pas des travaux préparatoires que ce vocable ait donné lieu à débat[182]. De plus, si les articles du code civil ne définissent ni la cause en général, ni celle des contrats de bienfaisance[183], les travaux préparatoires indiquent que la cause réside « *dans l'intérêt réciproque des parties ou dans la bienfaisance de l'une d'elles*[184] ». Le code nous semble s'être approprié les termes de Pothier[185].

71. Certes, le professeur Martin expose qu'il ressort des travaux parlementaires que l'affirmation selon laquelle les rédacteurs croyaient dans la possibilité d'un acte motivé par une intention bienfaisante est discutable[186]. Cette analyse repose sur deux sources : d'une part, les législateurs voyaient dans les donations un outil entre les mains du père de famille pour imposer

177 Article 893 du code civil : « *On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre-vifs ou par testament, dans les formes ci-après établies* ». L'article 894 du code civil définit ainsi la donation : « *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.* »

178 Article 1875 du code civil : « *Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi.* » ; article 1876 du code civil : « *Ce prêt est essentiellement gratuit*. »

179 Article 1915 du code civil : « *Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature.* » ; article 1917 du code civil : « *Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit.* »

180 Article 1984 alinéa premier du code civil : « *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom*. » ; article 1986 du code civil : « *Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire*. » Certes, l'article 1992 semble opposer, dans l'appréciation de la responsabilité du mandataire, « *celui dont le mandat est gratuit* » et « *celui qui reçoit un salaire* »

181 Livre IV du code civil.

182 Le terme de bienfaisance apparaît, accolé à la donation, dès le premier projet de Cambacérès : A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome 1, Videcoq, 1836, p. 50 (« *la donation est un acte de bienfaisance* »). Le terme de contrat de bienfaisance et la définition finalement adoptée apparaît dans le projet de la commission : A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome 2, Videcoq, 1836, p. 160. La distinction est décrite par M. Bigot-Préameneu dans son exposé des motifs comme « *facile à saisir* » : A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome 13, Videcoq, 1836, p. 222.

183 La cause apparaissait dans les articles 1131 à 1133 anciens du code civil. L'article 1131 disposait : « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.* ».

184 A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome 13, *op. cit.* nbp n° 182, p. 228 (exposé des motifs par M. Bigot-Préameneu).

185 Voir également en ce sens : J. HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités*, th. Paris, 1920, p. 103.

186 X. MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Dominique Martin Morin, 2003, p. 15, 16, 447 ; X. MARTIN, « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *Revue historique de droit français et étranger*, 1982, p. 589.

son autorité[187], d'autre part, ils voyaient dans les règles de la gestion d'affaires une sanction de l'ingérence dans les affaires d'autrui plutôt que la récompense d'une intervention altruiste[188]. Cependant, l'adoption du terme de contrat de bienfaisance nous semble faire une référence manifeste à la conception de Pothier. Les codificateurs retiennent dès lors une conception bienfaisante de la gratuité[189]. Et c'est en ce sens que les textes ont été interprétés par les exégètes.

3. L'interprétation du code civil

72. La majorité des interprètes du code civil adoptent la conception bienfaisante de la gratuité. L'ensemble des auteurs du XIX^e^ siècle admet la dénomination de contrat de bienfaisance sans la discuter. Nombreux sont ceux qui critiquent la définition donnée au contrat à titre onéreux par l'article 1106 du code civil de 1804, lequel énonce qu'est à titre onéreux le contrat dans lequel chacun s'oblige à donner ou à faire quelque chose. Les auteurs relèvent en effet que cette définition est celle du contrat synallagmatique et exclut les contrats onéreux unilatéraux tel le prêt à intérêts[190]. Ils adoptent une autre définition et la plupart l'empruntent à Pothier : le contrat à titre onéreux est celui qui a été conclu dans l'intérêt des deux parties[191]. Ils admettent la définition de la bienfaisance par la fourniture d'un avantage purement gratuit. Les auteurs considèrent encore que l'engagement du concédant dans le contrat de bienfaisance trouve sa cause dans la volonté de conférer un bienfait, dans l'intention bienfaisante du

187 X. MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon*, *op. cit.* nbp n° 186, p. 17 ; X. MARTIN, « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *loc. cit.* nbp n° 186, p. 592.

188 X. MARTIN, *Retour sur un itinéraire. Du code Napoléon au siècle des lumières*, Dominique Martin Morin, 2010, p. 256 ; X. MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon*, *op. cit.* nbp n° 186, p. 17 ; X. MARTIN, « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *loc. cit.* nbp n° 186, p. 596-598. Sur la gestion d'affaires, voir *infra*, n° 880

189 Voir également en ce sens : C. ROSSETTO, *Le service gratuit*, *op. cit.* nbp n° 35, n° 75.

190 A. DURANTON, *Traité des contrats et des obligations en général suivant le code civil*, tome 1, Neve-Rondonneau et Dècle-Garnery-Leloir, 1819, n° 31 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 15, Durand & Pedone Lauriel-Bruylant-Christophe et comp., 1874, n° 440 ; C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 1, Imprimerie générale, 1877, n° 24 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 2, 5^e^ édition, Librairie du recueil général des lois et des arrêts, 1895, n° 789.

191 A. DURANTON, *Traité des contrats et des obligations en général suivant le code civil*, tome 1, *op. cit.* nbp n° 190, n° 31 ; R. T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. Du prêt*, Charles Hingray, 1845, n° 3 ; A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 5, continué par E. Colmet de Santerre, Henri Plon, 1865, n° 6 ; C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 1, *op. cit.* nbp n° 190, n° 24 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 2, *op. cit.* nbp n° 190, n° 798.

concédant[192]. Ils indiquent enfin que le prêt[193], le dépôt[194], le mandat[195] et le cautionnement[196] sont des contrats de « *bienfaisance* », de « *bons offices* » ou des « *services d'amis* ». La gratuité est donc définie conformément à sa conception bienfaisante.

73. Si certains auteurs retiennent la conception abstraite, ils sont rares. Aubry et Rau font ainsi figure d'exceptions. Les définitions proposées par Aubry et Rau sont proches de celles de la doctrine moderne. Ils retiennent que les contrats sont à titre onéreux « *lorsque l'avantage qu'ils procurent à l'une ou à l'autre des parties ne lui est concédé que moyennant une prestation, qu'elle a fournie ou à laquelle elle s'oblige* ». Ils sont à titre gratuit, ou de bienfaisance, lorsqu'une partie reçoit un avantage « *indépendamment de toute prestation de sa part*[197]. » De plus, dans les contrats à titre gratuit, ou contrats de bienfaisance, l'engagement du concédant trouve sa cause dans « *l'intention d'exercer un acte de libéralité, ou de rendre un service*[198] ». En retenant le terme de prestations réciproques plutôt que celui d'intérêts réciproques, et en définissant la cause de l'engagement du concédant comme la seule volonté détachée des motifs, Aubry et Rau présentent une conception abstraite de la gratuité. Minoritaires parmi leurs contemporains, ils ont néanmoins contribué, en précisant la conception abstraite et en rappelant l'existence de la dénomination contrat à titre gratuit, à l'adoption ultérieure de la conception abstraite de la gratuité.

192 A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 10, *op. cit.* nbp n° 35, n^os 326 et 334 ; P. PONT, *Commentaire-traité des petits contrats*, tome 1, *op. cit*. nbp n° 35, 1877 ; C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 1, *op. cit.* nbp n° 190, n° 352 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 2, *op. cit.* nbp n° 190, n° 846.

193 R. T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. Du prêt*, *op. cit*. nbp n° 191, n° 2 ; P. PONT, *Commentaire-traité des petits contrats*, tome 1, *op. cit*. nbp n° 35, n° 1. Mais plusieurs auteurs relèvent que le prêt peut être conclu dans l'intérêt commun des parties, voire dans l'intérêt exclusif du prêteur, tout en demeurant gratuit : C. E. DELVINCOURT, *Cours de code Napoléon*, tome 2, Gueffier, 1813, p. 4 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 17, Alex-Gobelet, 1833, n° 491.

194 R. T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. Du dépôt et du séquestre*, Charles Hingray, 1845, n° 11 ; P. PONT, *Commentaire-traité des petits contrats*, tome 1, *op. cit.* nbp° 35 n° 376 ; A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 8, continué par E. Colmet de Santerre, Henri Plon, 1884, n° 128 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 3, 5^e édition, Librairie du recueil général des lois et des arrêts, 1896, n° 849.

195 R. T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*. *Du mandat*, Charles Hingray, 1846, n° 153 ; P. PONT, *Commentaire-traité des petits contrats*, tome 1, *op. cit.* nbp n° 35, n° 791.

196 A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 10, *op. cit.* nbp n° 35, n° 336 ; R. T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. Du cautionnement et des transactions*, Charles Hingray, 1846, n° 13 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 28, Durand & Pedone Lauriel-Bruylant-Christophe et comp., 1874, n° 122 ; P. PONT, *Commentaire-traité des petits contrats*, tome 1, *op. cit.* nbp n° 35, n° 15 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 2, *op. cit.* nbp n° 190, n° 948.

197 C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français*, 3^e édition, tome 3, Imprimerie et librairie générale de droit et de jurisprudence, 1856, § 342.

198 *Ibid.*, § 345.

B. LES XX^E ET XXI^E SIÈCLES : L'ADOPTION DE LA CONCEPTION ABSTRAITE

74. Plan. La doctrine sur la gratuité devient abondante dans la première partie du XX^e siècle. Si le terme de « bienfaisance » disparaît, la doctrine n'adopte pas pour autant la conception abstraite de la gratuité présente dans les écrits de Domat et d'Aubry et Rau (1.). Ce n'est qu'à compter des années 1950 que la majorité des auteurs se rallient à cette conception abstraite. À cet égard, la thèse de Jean-Jacques Dupeyroux, laquelle précise la conception abstraite et en démontre la compatibilité avec les figures particulières que sont la donation avec charge et la vente à vil prix notamment, parait avoir joué un rôle majeur (2.). L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats a consacré les définitions données par la doctrine majoritaire, et donc la conception abstraite de la gratuité (3.).

1. La précision de la conception bienfaisante de la gratuité dans la première moitié du XXe siècle
2. L'adoption de la conception abstraite par la doctrine majoritaire à la suite de la thèse de Jean-Jacques Dupeyroux
3. La consécration de la conception abstraite par l'ordonnance de réforme du 10 février 2016

1. La précision de la conception bienfaisante de la gratuité dans la première moitié du XX^e siècle

75. La première moitié du XX^e siècle est marquée par la systématisation de l'usage du terme « *contrat à titre gratuit* » par préférence à celui de « *contrat de bienfaisance* ». L'ensemble des auteurs adoptent cette nouvelle dénomination[199]. Certains justifient cette évolution par le caractère « *démodé*[200] » du terme de contrat de bienfaisance. D'autres considèrent que le terme « contrat de bienfaisance » désigne les contrats de services gratuits, de sorte que la catégorie « contrat à titre gratuit » comprend les contrats de bienfaisance et les donations[201].

199 M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, Pichon, 1900, n° 990 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en* général. Tome 2. Sources des Obligations (suite), Librairie Arthur Rousseau, 1923, n° 916. Voir ainsi : J. VALLOIR, *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit. Étude de technique juridique*, th. Rennes, 1919 ; J. CHAMPEAUX, *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, J. Buguet-Comptour, 1931.

200 C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2^e édition, tome 8, par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE avec la collaboration de G. Lagarde, Rousseau et cie, 1936, n° 37.

201 J. CHAMPEAUX, *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, *op. cit.* nbp n° 199, p. 2-5 ; M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, Librairie du Recueil Sirey, 1941, p. 1 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 1962, n° 66. Voir déjà : R. T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. Du prêt*, *op. cit.* nbp n° 191, n° 6. Voir aussi : C. ALLEAUME, « Existe-t-il une catégorie de contrats de bienfaisance ? », *LPA* 28 novembre 2012, p. 21, n^os 10-11.

76. Cette période voit également naître l'idée de relativité de la distinction entre contrat à titre gratuit et contrat à titre onéreux. Demogue semble être le premier à avoir écrit qu'en principe, il y a lieu de se placer « *au point de vue subjectif de l'intention des contractants* », mais que le « *point de vue objectif de l'échange de prestations* » « *tend à l'emporter sur divers terrains où l'on redoute des fraudes*[202] ». En d'autres termes, il y aurait lieu de retenir une définition abstraite pour l'application de certaines règles, et une définition bienfaisante pour d'autres. Cette idée est encore retenue par un nombre important d'auteurs aujourd'hui[203].

77. Surtout, la doctrine est bousculée par les arrêts par lesquels la Cour de cassation juge que l'existence d'un « intérêt moral » poursuivi par le concédant permet de qualifier un contrat d'onéreux. Dans un ensemble d'arrêts relatifs à des contributions au profit d'œuvres, essentiellement religieuses, la Cour de cassation a qualifié un contrat dépourvu de prix de contrat à titre onéreux au motif que le concédant poursuivait un intérêt moral à la réalisation de l'œuvre[204]. L'affaire *Bardet* ou *affaire de la grosse cloche* en constitue l'exemple le plus fréquemment cité[205]. Une personne s'était engagée à verser une somme afin de permettre la réfection d'une cloche d'église, à condition que celle-ci produise le même son que celui que produisait la cloche dans son enfance. Elle avait par la suite voulu rétracter son consentement et argué de la nullité de l'acte tirée de l'absence de forme authentique[206]. La Cour de cassation a retenu que Bardet, millionnaire, avait imposé « *des conditions onéreuses, dans le but unique de satisfaire son caprice, sa fantaisie ou sa vanité* ». En conséquence, le contrat relevait du titre onéreux et, n'étant soumis à aucune exigence de forme, il était valable. Les tribunaux ont également jugé, par exemple, qu'un intérêt moral tel que la faculté de faire célébrer un office

202 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, Tome 2. Sources des Obligations (suite)*, *op. cit.* nbp n° 199, n° 916. Voir aussi, soutenant que « *Dans le cas d'une opération complexe, les règles du titre onéreux et du titre gratuit peuvent parfois être appliquées distributivement suivant l'intérêt ou la personne à considérer* » : C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2e édition, tome 8, *op. cit.* nbp n° 200, n° 38.

203 J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, Armand Colin, 1982, nos 53-58 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983, n° 304 ; M. GRIMALDI, *Droit civil : libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1023 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, 10e édition, LGDJ-Lextenso, 2022, n° 274. Voir aussi, jugeant que les tribunaux instrumentalisent la qualification pour parvenir à une solution leur paraissant juste : A.-L. RANDEGGER, *La donation indirecte : Recherches sur l'instrumentalisation de sa qualification*, th. Paris II, 2022 ; D. GUÉVEL, *Droit des successions et des libéralités*, 3e édition, LGDJ-Lextenso, 2014, n° 251.

204 Sur cette jurisprudence, voir *infra*, nos 168-172.

205 Req. 14 avril 1863, *Bardet*, *D.* 1863. 1. 402.

206 Sur le formalisme authentique constituant une condition de validité des donations, voir *infra*, n° 269.

religieux et de venir se recueillir sur la tombe son époux plus fréquemment excluait la qualification de donation[207].

78. Cette jurisprudence donne naissance aux premières critiques à l'encontre de la conception bienfaisante de la gratuité. La doctrine interprète ces arrêts comme adoptant une conception très exigeante de la bienfaisance. Tout intérêt moral quel qu'il soit, tel que le simple plaisir de voir réaliser une œuvre, fonderait la qualification de contrat à titre onéreux. Les auteurs ont donc critiqué cette conception[208]. Apparaît l'argument selon lequel les actes de pure bienfaisance sont rares. Une autrice écrit ainsi qu' « *Admettre que la recherche d'une intention morale altère la gratuité, c'est faire disparaître un grand nombre de libéralités, et peut être la plupart d'entre elles*[209] ». La doctrine fait également valoir que la recherche des motifs est hasardeuse et que leur prise en considération menace la sécurité juridique[210].

79. Mais la doctrine majoritaire conserve la conception bienfaisante de la gratuité. La critique de la conception exigeante de la bienfaisance n'emporte pas le rejet de la conception bienfaisante de la gratuité, laquelle demeure majoritaire. Josserand retient ainsi que le critère de distinction entre contrat à titre gratuit et contrat à titre onéreux doit être trouvé « *dans un concept d'ordre psychologique*[211] », « *l'esprit de bienfaisance, l'esprit désintéressé* », par opposition à « *l'esprit de lucre, tout au moins l'esprit d'égalité* » caractérisant le contrat à titre onéreux[212]. Esmein relève que le contrat à titre gratuit « *comporte un sentiment altruiste*[213] ».

---

207 Trib. civ. Mamers, 2 février 1875, *De Mailly, D.* 1875. 5. 188.

208 J. HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 185, p. 22, 40 et 41 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général. Tome 2. Sources des Obligations (suite)*, *op. cit.* nbp n° 199, n° 916 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol. Tome 4. Régimes matrimoniaux. Successions-Libéralités*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1959, n° 3238.

209 M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, Librairie du Recueil Sirey, 1945, n^os^ 8-10. L'autrice n'adhère pas clairement à la conception abstraite, mais refuse que l'existence d'un intérêt moral disqualifie la libéralité en contrat à titre onéreux. *Adde*. P. TIMBAL, *Des donations rémunératoires en droit romain et en droit français*, Société méridionale d'impression, 1924, p. 105-107.

210 M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, *op. cit.* nbp n° 265, p. 162.

211 *Ibid*.

212 *Ibid.*, n° 293 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 3^e^ édition, Librairie du recueil Sirey, 1939, n° 28. Voir encore, jugeant que l'intention libérale est « *quelque chose de plus* [que le simple déséquilibre économique] *: l'idée de bienfaisance, le but d'avantager autrui* » : A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, th. Dijon, 1946, p. 54. Voir aussi, opposant le contrat à titre onéreux, « *intéressé de part et d'autre* », et le contrat à titre gratuit, dans lequel une partie s'engage en « *n'ayant en vue aucun intérêt pécuniaire appréciable* » (C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2^e^ édition, tome 8, *op. cit.* nbp n° 200, n^os^ 37-38). Voir enfin, retenant que le contrat à titre gratuit est défini par le caractère désintéressé de son auteur : A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 2, 10^e^ édition, par L. Julliot de la Morandière, Dalloz, 1948, n° 23.

213 P. ESMEIN, *Droit civil approfondi : L'acte juridique à titre gratuit*, Cours de droit, 1933, p. 116. Mais l'auteur énonce également que la cause des actes à titre gratuit est l'intention libérale définie comme la « *volonté de ne donner sans rien recevoir* », « *abstraite, dégagée des mobiles particuliers du disposant, comme dans les actes à titre onéreux, il s'agit de la volonté abstraite de recevoir la contreprestation stipulée* » (*ibid.*, p. 123).

Un auteur considère que la poursuite d'un intérêt exclut la gratuité[214]. Ces opinions se retrouvent au sujet des contrats spéciaux que sont le prêt[215], le dépôt[216] ou le mandat[217].

80. Plusieurs auteurs notent que selon la conception abstraite, l'intention libérale ne permet pas d'expliquer l'engagement du concédant[218]. La cause de l'engagement du concédant doit dès lors être recherchée dans « *la volonté de bienfaisance*[219] », dans « *le caractère désintéressé*[220] », étant précisé qu' « *il faut que le disposant ait eu conscience qu'il consentait un sacrifice, il faut qu'à son intérêt personnel il ait préféré l'intérêt d'autrui*[221] ». La cause doit être appréciée concrètement par les juges du fond et peut être révélée « *par les conditions dans lesquelles l'opération est intervenue* », et notamment les rapports antérieurs des parties ou leur lien de parenté[222].

81. Seuls quelques auteurs adoptent la conception abstraite de la gratuité. Planiol puis Ripert et Boulanger définissent le contrat à titre gratuit comme celui dans lequel une seule des parties procure à l'autre un avantage sans rien recevoir en échange[223]. Ils retiennent également la définition abstraite de la cause de l'engagement du donateur dans les libéralités[224]. Un auteur soutient que la qualification gratuite des contrats de service doit s'apprécier au seul regard de

214 M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, *op. cit.* nbp n° 265, p. 136-154.

215 G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 3, *op. cit.* nbp n° 215, n° 815 ; R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 2e édition, tome 12, par R. Rodière et A. Percerou, Rousseau et cie, 1947, nos 227-230.

216 G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 3, *op. cit.* nbp n° 215, n° 849 ; R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, tome 8, *op. cit.* nbp n° 200, n° 270.

217 *Ibid.*, n° 333.

218 J. VALLOIR, *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit*, *op. cit.* nbp n° 199, p. 101 ; J. HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 185, p. 375.

219 L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, *op. cit.* nbp n° 212, n° 140.

220 J. VALLOIR, *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit*, *op. cit.* nbp n° 199, p. 99.

221 *Ibid*., p 104. Notons cependant qu'il ajoute qu'il est possible que « *s'y mêle un sentiment intéressé, la considération d'un profit qui aura, peut-être même, été déterminante* » (*ibid*., p. 122), ou qu'il insiste sur le fait que le critère soit que le concédant « *ait senti qu'il ne faisait pas une affaire* » (*ibid*., p. 104 et 122).

222 L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, rééd., Dalloz, 2006, nos 294-296. Voir aussi, retenant que la preuve de l'intention libérale repose sur « *l'économie même de l'acte* », et souvent sur « *les relations antérieures existant entre les parties* » : J. VALLOIR, *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit*, *op. cit.* nbp n° 199, p. 54. Voir encore, trouvant la cause de l'acte à titre gratuit dans un fait antérieur du gratifié ou dans sa situation présente : J. HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 185, p. 369-371. *Adde*. : J. CHAMPEAUX, *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, *op. cit.* nbp n° 199, p. 64.

223 M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, *op. cit.* nbp n° 223, n° 991 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol. Tome 2. Obligations, droits réels*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, n° 63.

224 G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol. Tome 4. Régimes matrimoniaux. Successions-Libéralités*, *op. cit.* nbp n° 208, n° 3233. Voir aussi, adoptant la conception abstraite de la cause des libéralités, mais jugeant qu'elle est inutile : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, *op. cit*. nbp n° 223, n° 1079.

l'existence ou de l'absence d'une contrepartie[225]. De même, dans sa monographie sur la cause, Capitant donne une définition abstraite de la cause de l'engagement du concédant et la distingue des motifs[226]. Les auteurs retenant la conception abstraite demeurent toutefois minoritaires au début du XX^e siècle.

2. L'adoption de la conception abstraite par la doctrine majoritaire à la suite de la thèse de Jean-Jacques Dupeyroux

82. La thèse de Jean-Jacques Dupeyroux précise la conception abstraite de la gratuité. Dupeyroux, dans sa thèse de 1955 consacrée à « *la théorie générale de l'acte à titre gratuit* », propose une analyse technique aboutie de la conception abstraite de la gratuité. Il en ressort que la gratuité peut être définie comme le *déséquilibre objectif et subjectif entre les 82 antagonistes des parties*[227]. En d'autres termes, l'auteur s'inscrit dans la lignée de ceux qui définissent la gratuité par l'existence de prestations réciproques. Il précise ce critère en créant la notion de sacrifice réciproque, laquelle permet mieux d'appréhender des hypothèses particulières de la gratuité. Et l'auteur indique qu'il n'existe pas de cause de l'engagement souscrit à titre gratuit qui permettrait de le qualifier comme tel[228].

83. Pour défendre cette conception, Dupeyroux affirme qu'elle reflète mieux la jurisprudence, laquelle aurait renoncé à la prise en compte de l'intérêt moral[229]. Il reproche également à la définition bienfaisante de la gratuité de prendre en considération exclusivement le point de vue du concédant et d'admettre l'onérosité d'un contrat alors même que le

225 J. CHAMPEAUX, *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, *op. cit.* nbp n° 199, p. 116.

226 Voir par exemple : H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, 1923, p. 482.

227 Cette définition résulte plus précisément de l'analyse proposée par Mme Huguette Méau-Lautour. Dupeyroux avait en effet proposé deux critères distincts pour l'acte à titre onéreux et l'acte à titre gratuit, définis respectivement comme l'acte dans lequel il y a « *équivalence objective ou subjective de sacrifices antagonistes* » et l'acte dans lequel « *l'avantage conféré à l'une des parties n'a pas pour fin la compensation d'un sacrifice objectivement ou subjectivement équivalent* » (J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955, n^os 144 et 155-160). Mme Méau-Lautour, après avoir adhéré pour l'essentiel aux conclusions de Dupeyroux, a préféré définir l'acte gratuit en miroir de l'acte onéreux, comme l'acte dans lequel il y a un déséquilibre objectif et subjectif des sacrifices antagonistes (H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1985, n^os 75 et 76).

228 J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, *op. cit.* nbp n° 227, n^os 176-179 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français*, *op. cit.* nbp n° 227, n^os 436-439. La recherche des motifs a pour seule finalité, dans la donation, d'apprécier sa licéité. Ils y apparaissent dans la notion de cause impulsive et déterminante : J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, précité, n° 181 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français*, précité, n^os 456-459.

229 J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, *op. cit.* nbp n° 227, n^os 78-98.

bénéficiaire n'a fourni aucune contrepartie, et ainsi de s'éloigner de toute analyse économique de la convention[230].

84. À sa suite, cette conception abstraite devient majoritaire et le demeure aujourd'hui. Après Jean-Jacques Dupeyroux, tous les auteurs conservent le terme de contrat à titre gratuit. Peu évoquent les deux conceptions de la gratuité, abstraite et bienfaisante. Aucun ne mentionne les arguments évoqués par Dupeyroux pour justifier l'adoption de la conception abstraite de la gratuité. La grande majorité des auteurs retient, sans les discuter, les définitions relevant de cette conception.

85. Pour la plupart, les auteurs énoncent des définitions plus simples que celles formulées par Dupeyroux. Ils prennent pour critère l'existence ou l'absence de contrepartie, plutôt que l'existence ou l'absence de sacrifices réciproques. Ils indiquent que la catégorie définie par l'article 1105 vise le contrat dans lequel un cocontractant ne fournit pas de contrepartie[231]. La même solution est retenue pour les contrats de services gratuits[232] que sont le prêt[233], le dépôt[234] et le mandat[235]. Leur qualification ne requiert pas la caractérisation de l'intention libérale[236].

86. D'autres se fondent sur des critères plus élaborés. La qualification de contrat à titre gratuit résulterait de l'existence d'un élément matériel et d'un élément intentionnel. L'élément matériel s'entend du déséquilibre entre les prestations réciproques. L'élément moral est abstraitement défini comme la conscience et la volonté de ne pas recevoir de contrepartie. Cet

---

230 *Ibid.*, nº 98 : selon l'auteur, l'adoption de la conception bienfaisante revient à « *déguiser la consécration d'un subjectivisme intégral qui rejette dans l'ombre "le fait de l'autre partie*" ».

231 B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. Tome 2. Contrat*, 5e édition, Litec, 1995, nº 93 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 15e édition, LGDJ-Lextenso, 2016, nº 21 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e édition, LGDJ-Lextenso, 2016, nº 413 ; F. TERRÉ, P. SIMLER ET Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, 13e édition, Dalloz, 2013, nº 67.

232 C. ROSSETTO, *Le service gratuit*, *op. cit.* nbp n° 35, nº 15.

233 J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, 9e édition, LexisNexis, 2017, nº 81 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e édition, LGDJ-Lextenso, 2015, nº 419. Admettant la gratuité du prêt intéressé : D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 10e édition, Dalloz, 2016, nº 370 ; F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e édition, Dalloz, 2015, nº 605 ; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 6e édition, Dalloz, 2015, nº 137 ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2e édition, LGDJ-Lextenso, 2012, nº 623 ; P. LE TOURNEAU, J. FISCHER et E. TRICOIRE, *Principaux contrats civils et commerciaux*, Ellipses, 2005, p. 190.

234 J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LÉCUYER, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 3e édition, LGDJ-Lextenso, 2012, nº 33109 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.* nbp nº 233, nº 737 ; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp nº 233, nº 987 ; P. LE TOURNEAU, J. FISCHER et E. TRICOIRE, *Principaux contrats civils et commerciaux*, *op. cit.* nbp nº 233, p. 104.

235 Clairement : P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp nº 233, nº 900. Certains auteurs l'admettent implicitement de par leur analyse de la présomption d'onérosité du mandat conclu par un professionnel, impliquant une obligation de rémunération : J. HUET *et al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp nº 234, nº 31113 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit* nbp nº 233, nº 637 ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux, op. cit.* nbp nº 233, nº 900.

236 C. ROSSETTO, *Le service gratuit*, *op. cit.* nbp n° 35, nº 25.

élément moral, appelé intention libérale dans les libéralités, sert également de cause. La cause de l'engagement du concédant est donc la conscience et la volonté de ne pas recevoir de contrepartie. Ces définitions se trouvent notamment dans les manuels de droit des libéralités[237] et dans les travaux spécialisés[238], ainsi que dans quelques manuels de droit des contrats[239]. Elles sont aussi mentionnées dans certains manuels de droit des contrats spéciaux au sujet de la qualification de la donation[240].

87. Mais la bienfaisance apparaît dans le vocabulaire de certains auteurs. Mme le professeur Rochfeld énonce ainsi que la cause de l'engagement souscrit à titre gratuit réside dans la « *poursuite non rationnelle d'une contrepartie relationnelle et imprévisible*[241] ». La gratuité prend sa source dans la relation existant entre les parties, elle « *se fait donc au nom de la relation, pour alimenter cette dernière*[242] ». Un auteur assimile les contrats de services gratuits à des services d'amis[243]. Certains retiennent que le contrat à titre gratuit est caractérisé

237 A. SÉRIAUX, *Les successions, les libéralités*, PUF, 1986, n° 6 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, *Leçons de droit civil. Tome 4. 2. Successions - Libéralités*, 5e édition, Montchrestien, 1999, nos 1325 et 1385 ; H. ROLAND, *Droit des libéralités*, Ellipses, 2000, n° 12 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 203, n° 1006 ; C. JUBAULT, *Droit civil : les successions, les libéralités*, 2e édition, Montchrestien, 2010, n° 773 ; B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHRIFI, *Libéralités et successions*, 5e édition, LGDJ-Lextenso, 2020, n° 32 ; A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, 4e édition, PUF, 2020, p. 223.

238 J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa stature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, th. Bordeaux, 1932, p. 739 ; N. PETERKA, *Les dons manuels*, préf. P. Catala, LGDJ, 2001, n° 31 ; S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, préf. E. Putman, PUAM, 2006, n° 5 ; G. CATTALANO-CLOAREC, *Le contrat de prêt*, *op. cit.* nbp n° 35, nos 279, 284 et 289 ; F. HARTMAN, *La notion de libéralité*, préf. A.-M. Leroyer, IRJS éditions, 2020, nos 206-218 ; M. NICOD, « De la libéralité selon le code civil », *in Leçons du Droit Civil. Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruylant, 2011, p. 709, n° 1 ; S. BÉNILSI, *La gratuité en droit privé*, th. Montpellier, 2006, p. 149-150 ; V. ÉGÉA, « Gratuité, intention libérale et désintéressement », *in* V. ÉGÉA et E. PUTMAN (dir.), *in La gratuité*, actes du colloque tenu à l'université d'Aix-en-Provence le 8 mars 2013, *RLDC* décembre 2013, p. 93.

239 H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 2. 1. Obligations : théorie générale*, 9e édition, par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 103 ; C. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations : le contrat*, 8e édition, Economica, 2016, nos 178 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 16e édition, Sirey, 2014, n° 85 ; P. MALINVAUD, D. LASZLO-FENOUILLET, et M. MEKKI, *Droit des obligations*, 13e édition, LexisNexis, 2014, n° 80 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. 2. Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, n° 930.

240 J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp n° 233, n° 131 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.* nbp n° 233, nos 36 et 37 ; F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit. nbp n° 233, n° 136 ; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp n° 233, n° 68 ; P. LE TOURNEAU, J. FISCHER et E. TRICOIRE, *Principaux contrats civils et commerciaux*, *op. cit.* nbp n° 233, p. 128. Mais les auteurs n'emploient pas les éléments de ces définitions pour la qualification du prêt à usage ou la détermination de la gratuité du prêt de consommation, du mandat et du dépôt.

241 J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999, nos 294-297. *Adde.* : F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, nos 223-225.

242 J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, *op. cit.* nbp n° 241, n° 296.

243 A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.* nbp n° 231, n° 21.

par l'intérêt moral poursuivi par le concédant[244]. D'autres font référence à la solidarité[245], l'altruisme ou la bienfaisance[246].

88. La persistance d'une conception bienfaisante de la gratuité est encore illustrée par le vocabulaire employé par la doctrine pour qualifier les actes de « gratuité » intéressée. Ceux qui évoquent ces actes soulignent leur anormalité et certains les décrivent par le terme de « *fausse gratuité*[247] », ou les opposent aux contrats « *purement gratuits*[248] ». Toutefois, ces énoncés ne sont pas suivis de l'affirmation de l'exclusion de ces actes du champ de la gratuité[249].

3. La consécration de la conception abstraite par l'ordonnance de réforme du 10 février 2016

89. Les termes des articles issus de l'ordonnance de réforme du 10 février 2016 évoquent la conception abstraite de la gratuité. Le nouvel article 1107 du code civil dispose :

90. « *Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure.*

---

244 M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, 4e édition, PUF, 2016, nº 401. Voir aussi, évoquant l'intérêt moral à être bon : J. CARBONNIER, *Droit civil. 2. Les biens, Les obligations*, *op. cit.* nbp nº 239, nº 974. Voir encore, mentionnant la « *contrepartie morale* » : J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 1 : le contrat, le consentement*, 4e édition, LGDJ-Lextenso, 2013, nº 356.

245 *Ibid.*, nº 361 : « *Dans la tradition aristotélicienne, quand les juristes disent que la cause finale d'un don est la libéralité, ils désignent à la fois une intention que doit avoir le donateur et une bonne finalité qu'il doit chercher à réaliser. Les études sociologiques sur le don montrent en outre que celui-ci crée, entre celui qui le reçoit et celui qui le fait, une relation particulière et complexe, dont l'obtention peut être l'intérêt recherché par le donateur. On peut encore observer que de tous temps les donations ont traduit la solidarité entre riches et pauvres par l'intermédiaire d'institutions laïques et religieuses*. […] *Les donations ont aussi de tous temps concrétisé la solidarité entre générations* ».

246 G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les successions et les libéralités*, *op. cit.* nbp nº 203, nº 293 : « *l'auteur d'un acte à titre gratuit agit dans un sentiment de bienveillance ou de générosité, il préfère le gratifié à lui-même, il n'attend aucun avantage en contrepartie du sacrifice qu'il consent* ». Voir aussi : N. BERGEMAN, « Le contrat de services gratuits. Un modèle pour penser l'altruisme en droit des contrats », *RJO* 2010, p. 443 ; C. SAUVAT, « Le contrat de bienfaisance », *RRJ* 2005, p. 1955.

247 J. DUPICHOT, « La gratuité et le droit. Synthèse de la journée Henri Souleau », *Gaz. Pal.* 2 juin 1999, p. 930 ; D. GUÉVEL, « La gratuité intéressée : un oxymore d'avenir », *in Mélanges en l'honneur de Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ-Lextenso éditions, 2009, p. 229. Dans les travaux spécialisés, voir parmi d'autres : V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ? : le partage de la valeur à l'ère numérique*, Odile Jacob, 2015 ; B. LECOURT, « La gratuité et le droit des affaires », *RTD com.* 2012, p. 455 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Concurrence et gratuité », *in* N. MARTIAL-BRAZ et C. ZOLYNSKI (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, LGDJ, 2013, p. 185.

248 P. GAIARDO, *Contribution à l'étude critique et comparative des théories du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, nº 357.

249 Voir toutefois, retenant que l'octroi d'une « *passe gratuite* » dans une « *démarche commerciale de promotion de l'activité prostitutionnelle* » ne résulte pas « *d'une intention purement libérale* » mais est conditionné « *par une contrepartie économique, fût-elle incertaine* » et constitue en conséquence un contrat de prostitution, caractérisé par l'existence d'une rémunération : A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, préf. G. Loiseau, IRJS éditions, 2015, nº 138.

91. *Il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie.* »

92. La distinction est ainsi fondée sur l'existence ou l'absence d'une contrepartie. En recherchant l'existence d'une contrepartie pour chacun des contractants plutôt que la poursuite de son intérêt par chacun des contractants, l'ordonnance consacre la conception abstraite de la gratuité. L'ordonnance a de plus supprimé la notion de cause[250]. Elle lui a substitué la nullité des libéralités pour erreur sur les motifs[251]. Mais les nouveaux articles ne donnent pas de définition des motifs qui pourraient avoir animé l'auteur d'une libéralité, ou plus généralement d'un contrat à titre gratuit.

93. Les sources d'interprétation extérieures au texte de l'ordonnance confirment qu'elle a consacré la conception abstraite de la gratuité. La nouvelle définition apparaît directement inspirée par les travaux doctrinaux. Elle reprend presque mot pour mot les termes du rapport Terré, qui avait lui-même adopté ceux du rapport Catala avec quelques modifications mineures[252]. Elle est également proche de celle du projet de réforme du droit des contrats publié par la Chancellerie en juillet 2008[253]. Ces projets de réforme ont certainement puisé dans les définitions données par la doctrine majoritaire, relevant donc de la conception abstraite[254]. La nouvelle définition n'est pas mentionnée dans le rapport au Président de la République.

---

250 Sur la suppression de la cause, voir *infra*, nº 217.

251 Article 1135 du code civil : « *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. Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité*. » Sur l'erreur sur les motifs, voir *infra*, nº 256.

252 F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, article 10 : « *Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. Il est à titre gratuit lorsqu'une des parties procure intentionnellement à l'autre un avantage sans recevoir de contrepartie*. » ; P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, remis au Garde des Sceaux en 2005, article 1102-2 : « *Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties entend recevoir de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. Le contrat est à titre gratuit lorsque l'une des parties entend procurer à l'autre un avantage sans recevoir de contrepartie*. » (consultable à l'adresse : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf).

253 Article 7 : « *Le contrat à titre onéreux est celui en vertu duquel chacune des parties entend recevoir de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. Le contrat à titre gratuit est celui en vertu duquel l'une des parties entend procurer à l'autre un avantage sans recevoir de contrepartie*. » Il est remarquable, à cet égard, que le projet de la Chancellerie, qui proposait de substituer au contrôle de l'existence de la cause celui de « *L'intérêt au contrat* » (article 85 : « *Chaque partie doit avoir un intérêt au contrat qui justifie son engagement*. »), n'exploitait pas cette notion d'intérêt au contrat pour définir le contrat à titre gratuit et le contrat à titre onéreux.

254 Voir par exemple, énonçant des définitions très proches : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *L'acte juridique*, *op. cit.* nbp nº 239, nº 85 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et P. SIMLER, *Les obligations*, *op. cit.* nbp nº 231, nº 67.

94. Les commentateurs de l'ordonnance lui confèrent une interprétation conforme à la conception abstraite. Les auteurs procédant au commentaire de l'ordonnance de réforme adoptent unanimement la conception abstraite de la gratuité. Certains adoptent la définition la plus simple de la gratuité abstraite, le critère unique consistant dans l'avantage procuré à l'autre par une partie ou l'absence de contrepartie qu'elle reçoit[255]. D'autres retiennent un critère supplémentaire, l'intention de consentir un avantage sans contrepartie[256]. Ces positions reflètent les deux définitions de la gratuité abstraite proposées par la doctrine majoritaire avant l'ordonnance de réforme[257].

95. L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux rédigé par la commission présidée par le professeur Stoffel-Munck, en proposant de consacrer le prêt à usage, gratuit par essence, intéressé, adopte une conception abstraite de la gratuité. Deux textes doctrinaux récents formulent des propositions de réécriture des dispositions du code civil relatives aux contrats spéciaux. Le premier a été rédigé par un groupe de travail constitué par l'Association Henri Capitant. Ce groupe a produit un premier avant-projet de réforme, remis à la Chancellerie en 2017[258], puis une offre de réforme, publiée en 2020[259]. Le second a été

255 O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 56-57 ; F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2e édition, Dalloz, 2018, no 121.53.

256 G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e édition, Dalloz, 2018, no 125 ; B. PETIT et S. ROUXEL, « Art. 1105 à 1111-1. Fasc. unique : CONTRAT. - Classification des contrats », *JurisClasseur Civil Code*, LexisNexis, 2016, no 87. MM. Chantepie et Latina fondent leur argument sur le lien de filiation entre le texte de l'ordonnance et les avant-projets, Catala et Terré, qui incluaient tous deux une référence à l'intention (le contrat à titre gratuit est défini comme celui dans lequel « *l'une des parties **entend** procurer un avantage* » dans projet Catala, et celui dans lequel « *l'une des parties procure **intentionnellement** à l'autre un avantage* » dans le projet Terré. M. Petit et Mme Rouxel s'appuient sur la formulation du nouvel article 1107 et l'incorporation du verbe « attendre » dans la définition de l'acte à titre onéreux (« *sans **attendre** ni recevoir de contrepartie* », nous soulignons). Ces arguments nous paraissent peu convaincants. Les termes « attendre » et « recevoir » ont vocation à couvrir les deux aspects possibles de la contrepartie, c'est-à-dire l'avantage concrétisé lors de la conclusion du contrat pour le verbe « recevoir », et obligations à exécuter dans le futur pour le verbe « attendre ». L'ordonnance consacre donc une définition purement abstraite fondée sur l'existence d'un avantage, sans exiger que celui-ci soit intentionnel. Elle adopte ainsi la définition majoritaire dans la doctrine contractualiste (voir *supra*, nos 84-86). Cette définition est pourtant critiquable, notamment parce qu'elle permet l'inclusion des contrats lésionnaires dans la catégorie des contrats à titre gratuit.

257 Sur ces deux définitions ou degrés, voir *supra*, nos 84-86.

258 Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux remis à la Chancellerie le 26 juin 2017.

259 Le texte de l'offre de réforme est accessible à l'adresse : https://www.henricapitant.org/actions/offre-de-reforme-du-droit-des-contrats-speciaux/. Voir aussi : Association Henri Capitant, *Offre de réforme du droit des contrats spéciaux*, Dalloz, 2020. Sur ce texte, voir généralement : Dossier « L'offre de projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l'association Henri Capitant », *in RDC* septembre 2020, p. 125 s. ; K. HANIA et D. GANTSCHNIG (dir.), *L'offre de réforme des contrats spéciaux : réflexions libres à partir du projet de l'association Henri Capitant*, Dalloz, 2021.

élaboré par un groupe de travail mis en place par la Chancellerie et présidé par le professeur Stoffel-Munck. L'avant-projet de réforme a été publié sur internet en 2022[260].

96. Chacun de ces deux textes emploie le qualificatif « gratuit » ou la location « à titre gratuit » pour décrire certains des droits, obligations ou contrats dont il prévoit le régime[261]. Cependant, aucun ne définit la gratuité. Ils suivent en cela l'exemple des articles actuels du code civil[262].

97. L'avant-projet de réforme rédigé par la commission Stoffel-Munck consacre le prêt à usage intéressé. Il définit, d'une part, le prêt à usage comme « *le contrat par lequel le prêteur remet, à titre gratuit, une chose à l'emprunteur* […][263] ». Il énonce, d'autre part, que le prêt « *peut être intéressé ou désintéressé* », et qu'il « *est intéressé lorsque le prêteur agit, au su de l'emprunteur, en vue de l'obtention d'un avantage économique*[264] ». Il en ressort que la gratuité du prêt à usage est compatible avec la recherche d'un avantage économique, l'intérêt, du prêteur. Notons toutefois que l'avant-projet ne tire pas les conséquences de cette analyse sur les autres contrats. Il ne crée pas de catégorie des contrats intéressés. Seul le prêt à usage est décrit comme pouvant être intéressé ou désintéressé. Le prêt de consommation, le dépôt et le mandat relèvent, pour leur part, de la seule distinction entre gratuité ou onérosité. Cet avant-projet propose ainsi de poursuivre la consécration de la conception abstraite de la gratuité. Il confirme l'adoption de la conception abstraite de la gratuité, en rupture avec le code civil, mais dans la continuité de la doctrine du XX^{e} siècle et de l'ordonnance de réforme du droit des contrats du 10 février 2016. Cependant, la conception abstraite de la gratuité ne nous paraît pas constituer un horizon indépassable. Elle n'a été adoptée que récemment par la doctrine majoritaire, et ne fait plus l'objet d'une défense ardente. De surcroît cette conception abstraite nous paraît s'ancrer dans une vision utilitariste et individualiste de l'être humain laquelle, une fois rappelée, est susceptible d'être discutée.

260 Le texte de l'avant-projet de réforme, ainsi qu'une version commentée, sont accessibles à l'adresse : http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/consultation-sur-lavant-projet-de-reforme-du-droit-des-contrats-34548.html. Sur ce texte, voir généralement : Dossier « La réforme des contrats spéciaux », *in RDC* septembre 2022, p. 97 s.

261 Voir les articles 1 (relatif à la constitution et au transfert d'un droit réel), 71 (contrat de prestation de service), 101 (prêt à usage), 115 (prêt de consommation), 127 (dépôt), 150 (mandat) de l'offre de réforme de l'association Henri Capitant ; 1656 (contrat d'entreprise), 1875 (prêt à usage), 1892-1 (prêt de consommation), 1916 (dépôt), 1991 (mandat) de l'avant-projet de réforme de la commission Stoffel-Munck. Ce dernier y ajoute la rente viagère (article 1976).

262 Sur lesquelles, voir *supra*, n^{o} 68.

263 Article 1875 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck.

264 Article 1876 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck.

SECTION II
L'ANCRAGE DE LA CONCEPTION ABSTRAITE DE LA GRATUITÉ DANS LA TRADITION UTILITARISTE ET INDIVIDUALISTE DE L'ÊTRE HUMAIN

98. Nous défendons l'adoption de la conception bienfaisante de la gratuité, laquelle suppose une distinction entre acte bienfaisant et acte intéressé. L'adoption de la conception abstraite de la gratuité par la doctrine nous paraît s'ancrer dans une tradition utilitariste et individualiste de l'être humain, laquelle suppose qu'il n'existe pas d'acte bienfaisant, ou à tout le moins que ces actes ne sont pas distinguables des actes intéressés. Nous soutenons au contraire qu'il existe des actes bienfaisants et que cette existence doit être solennellement affirmée par le droit et que les actes bienfaisants et intéressés sont fondamentalement différents ce qui justifie, notamment, l'application d'un régime distinct.

99. Les auteurs exposent en premier lieu que l'acte de bienfaisance serait rare. Limiter la gratuité à la bienfaisance aurait pour conséquence de priver la catégorie de son contenu[265]. La bienfaisance serait peu fréquente, voire n'existerait pas : « *la charité pure ne peut être humaine*[266] ». Retenir la définition bienfaisante de la gratuité serait utopique[267]. Une « *approche réaliste*[268] » impliquerait d'admettre la gratuité intéressée.

100. Mais ces énonciations reposent sur le présupposé selon lequel les actes des êtres humains sont dans leur immense majorité causés par des motifs égocentrés[269], par la recherche de la maximisation de l'intérêt personnel de leur auteur. Lorsqu'un individu accomplit un acte objectivement dépourvu d'intérêt matériel et qu'il affirme n'être motivé que par l'intention de

265 Voir par exemple : J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités, op. cit.* nbp n° 203, n° 32 ; A. SÉRIAUX, *Les successions, les libéralités, op. cit.* nbp n° 265, n° 6 ; H. ROLAND, *Droit des libéralités*, Ellipses, 2000, n° 12 ; M. GRIMALDI, L*ibéralités, partages d'ascendants, op. cit.* nbp n° 203, n° 1006 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : les successions, les libéralités*, 4e édition, Dalloz, 2013, n° 252 ; M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits, op. cit.* nbp n° 265, p. 162 ; C. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, th. Paris II, 2012, n° 211 ; F. HARTMAN, *La notion de libéralité, op. cit.* nbp n° 265, n° 210. *Adde*. O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.* nbp n° 255, p. 56.

266 D. GUÉVEL, « La gratuité intéressée : un oxymore d'avenir », *loc. cit.* nbp n° 247, n° 20.

267 A. SÉRIAUX, *Les successions, les libéralités, op. cit.* nbp n° 265, n° 6.

268 C. ZOLYNSKI, « Propos introductifs : La gratuité en questions », *in* N. MARTIAL-BRAZ et C. ZOLYNSKI (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit, loc. cit.* nbp n° 247, p. XII.

269 Le terme est emprunté à Jon Elster, cité *infra*, nbp n° 316. Voir aussi : C. ROSSETTO, *Le service gratuit, op. cit.* nbp n° 35, n° 17.

préférer autrui à lui-même, il y aurait dès lors lieu de supposer que cet individu est motivé par son intérêt personnel, que celui-ci soit conscient et inavoué ou même inconscient. Cette hypothèse est fondée sur une adhésion axiologique à une conception individualiste et utilitariste de la nature humaine. Dès lors que l'on exprime une croyance dans la capacité de la personne à être animée par des motifs bienfaisants au quotidien, il est tout aussi pertinent de penser que l'acte apparemment désintéressé est motivé par la bienfaisance[270].

101. En deuxième lieu, la doctrine fait valoir que les motifs seraient inaccessibles et divers. Il est difficile d'appréhender les motifs, de les connaître[271] et de les prouver[272]. De plus, ils peuvent être nombreux et variés[273]. Leur prise en compte aboutirait nécessairement à l'arbitraire, car elle accorderait un pouvoir important au juge pour découvrir et sélectionner les motifs. Elle permettrait également au concédant d'invoquer *a posteriori* des motifs internes sans que le bénéficiaire puisse les contester ou un tribunal les vérifier[274]. Le critère de la bienfaisance générerait donc un risque d'arbitraire et de l'insécurité juridique[275]. Elle confèrerait au juge un pouvoir excessif[276].

102. Mais la doctrine juridique et des sources extra-juridiques invitent à identifier des situations dans lesquelles l'intention bienfaisante peut être supposée. Les auteurs cherchent la bienfaisance dans les actes réalisés dans deux ensembles d'hypothèses[277] : d'une part, dans les

270 Une démarche similaire a été réalisée par la doctrine aux États-Unis. La problématique a été cristallisée autour de la force obligatoire attachée à la promesse de donation (*gift promise*). La doctrine majoritaire retenait que les promesses de don étaient dépourvues de toute force obligatoire. Certains auteurs ont cherché à montrer cette position résultait de présupposés relatifs à la nature humaine. Certains de leurs arguments seront évoqués plus bas (voir *infra*, n^os^ 117-123). Pour une synthèse, voir : M. EISENBERG, The World of Contract and the World of Gift, 85 California Law Review 821 (1997). Et plus récemment : R. A. PRENTICE, "Law &" Gratuitous Promises, 2007 University of Illinois Law Review 881 (2007).

271 Voir par exemple : M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n^o^ 203, n^o^ 1006 ; C. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, *op. cit.* nbp n^o^ 265, n^o^ 211.

272 Les auteurs américains développent particulièrement ce point. Voir notamment : L. FULLER, Consideration and Form, 41 *Columbia Law Review* 799 (1941), p. 815.

273 Voir les références citées *supra*, nbp n^o^ 265.

274 Sur la prise en compte des motifs en matière de cause : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *L'acte juridique*, *op. cit.* nbp n^o^ 239, n^o^ 264.

275 M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, *op. cit.* nbp n^o^ 275, n^os^ 6 et 9 ; M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, *op. cit.* nbp n^o^ 265, p. 162 ; J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, *op. cit.* nbp n^o^ 227, n^os^ 96-97, retenant qu'un tel critère rend la distinction « délicate » mais pas nécessairement « impossible ».

276 T. GENICON, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », *in* W. DROSS et T. FAVARIO (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & martin, 2014, p. 181 s., spéc. p. 220.

277 L'argument repose donc, d'une part, sur le constat que des travaux dans des disciplines extra-juridiques ont permis d'établir que la bienfaisance existe et que des situations de bienfaisance sont identifiables par des éléments objectifs et, d'autre part, sur le présupposé que ce qui existe et est objectivement identifiable dans des disciplines extra-juridiques peut exister et être identifiable en droit. Sur l'identification du présupposé sur lequel s'appuie l'argument sociologique en droit : D. FENOUILLET, « Avant-propos », *in L'argument sociologique en droit*, Dalloz, 2015, p. 7.

actes accomplis par des parties unies par une relation d'affection, d'autre part, dans les avantages affectés à la réalisation d'une œuvre philanthropique. De même que la stipulation d'une contrepartie invite à présumer que les motifs de celui qui la reçoit résident dans son obtention, l'existence d'une de ces deux situations permet de présumer l'existence d'une intention bienfaisante chez l'agent. Ces deux situations pourraient constituer des indices de l'intention bienfaisante si celle-ci venait à constituer un critère du contrat à titre gratuit.

103. En troisième lieu, certains soutiennent que les motifs du concédant seraient indépendants de la situation du bénéficiaire. Retenir que la qualification résulte des seuls motifs du concédant la dissocierait de l'existence d'une contrepartie à la charge du bénéficiaire. Autrement dit, deux contrats identiques du point de vue du bénéficiaire pourraient être qualifiés l'un d'onéreux et l'autre de gratuit sur le fondement des seuls motifs du concédant[278].

104. Mais la bienfaisance ne décrit pas que la psychologie du concédant. Elle appréhende la relation entre concédant et bénéficiaire. Le terme de motifs du concédant est employé par facilité de langage. C'est bien la signification de l'acte pour les deux parties, et donc les motifs du concédant et du bénéficiaire, que recouvre la bienfaisance. Les éléments objectifs permettant de présumer l'intention bienfaisante du concédant permettent également de considérer que le bénéficiaire a été animé par l'intention de recevoir un bienfait du concédant. La qualification bienfaisante n'est pas indépendante de la situation du bénéficiaire.

105. Plan. En se détachant d'une vision exclusivement utilitariste et individualiste de la personne, il est possible d'affirmer l'existence et la banalité des actes de bienfaisance (§1.). Une telle motivation peut être supposée lorsque l'acte est objectivement désintéressé et réalisé dans une situation susceptible de susciter de la bienfaisance relationnelle ou philanthropique (§2.).

§1. L'existence des actes de bienfaisance
§2. L'identification des actes de bienfaisance

§1. L'EXISTENCE DES ACTES DE BIENFAISANCE

106. Plan. Les motifs du concédant d'un acte objectivement désintéressé ne pouvant être présumés, l'hypothèse de motifs égocentrés est tout aussi pertinente que celle de motifs bienfaisants (A.). Seule l'adhésion de la doctrine majoritaire à une conception individualiste et utilitariste de l'être humain justifie sa préférence pour la première et son rejet de la seconde (B.).

278 J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, *op. cit.* nbp n° 227, n° 98 ; F. HARTMAN, *La notion de libéralité*, *op. cit.* nbp n° 265, n° 210.

A. La possibilité de la bienfaisance
B. La tradition individualiste et rationaliste

A. LA POSSIBILITÉ DE LA BIENFAISANCE

107. Plan. Il existe des actes objectivement désintéressés, et ceux-ci ne sont pas exceptionnels, mais fréquents (1.). En l'absence d'éléments permettant de présumer un motif intéressé, il est possible de supposer que le concédant est motivé par la bienfaisance (2.).

1. L'existence d'actes objectivement désintéressés
2. La pluralité des hypothèses formulables quant aux motifs du concédant

1. L'existence d'actes objectivement désintéressés

108. Des études statistiques révèlent la banalité des actes objectivement désintéressés, qu'il s'agisse de transferts intrafamiliaux ou d'actes au bénéfice d'œuvres d'intérêt général[279]. Des enquêtes ont notamment été réalisées sur les transferts intergénérationnels, c'est-à-dire les aides matérielles et financières consenties entre deux personnes d'une même famille et de générations différentes. Les résultats de l'enquête SHARE indiquent qu'en 2006-2007, 52 % des personnes de plus de 50 ans interrogées affirmaient avoir gardé leurs petits-enfants et 26 % avaient aidé financièrement ou matériellement leurs descendants. Près de 10 % déclaraient avoir reçu un soin personnel ou une aide financière[280]. Les chiffres de l'Agence de la biomédecine révèlent qu'en 2019, 533 greffes d'organes ont pu être réalisées grâce aux dons de donneurs vivants[281].

109. De même, près de 58 % des personnes sondées en France en 2015 avaient accompli un don à une œuvre d'intérêt général dans les trois années précédentes et 46 % dans l'année

279 Nous nous concentrons sur les transferts intrafamiliaux car les études statistiques que nous avons trouvé de personnes déclarant procurer des avantages à des proches non familiaux tels que des amis ou des voisins.

280 Enquête SHARE, « Survey of Health, Ageing and Retirement in Europe », traduisible par « *Etude sur la santé, le vieillissement et la retraite en Europe* ». Les résultats bruts sont accessibles à l'adresse : http://www.share-project.org/. Analysant les résultats de l'enquête Share : C. ATTIAS-DONFUT et J. OGG, « Évolution des transferts intergénérationnels : vers un modèle européen ? », *Retraite et société* 2009/2 nº 59, p. 11 (enquêtes de 2004 et 2007-2008) et C. ATTIAS-DONFUT et H. LITWIN, « Comparaison de l'entraide familiale à l'échelle européenne : idées reçues, réalités et incertitudes », *Informations sociales*, 2015/2, nº 188, p. 124 (enquête de 2010). Sur la question plus généralement : C. ATTIAS-DONFUT, *Les solidarités entre générations. Vieillesse, Familles, État*, Nathan, 1995 ; A. MASSON, *Des liens et des transferts entre générations*, EHESS, 2009.

281 Rapport annuel 2019 de l'Agence de la biomédecine, p. 22.

passée[282]. Le nombre de bénévoles actifs au sein d'associations a été estimé en 2019 à 13 millions, soit environ 24 % de la population française[283]. Le mécénat est également une pratique répandue. Environ 9 % des entreprises indiquent avoir donné à ce titre en 2019[284]. En 2019 encore, plus de 300 000 personnes étaient inscrites sur le registre français des donneurs de moelle osseuse et environ 1 200 personnes ont donné leurs gamètes[285]. Et près de 1,6 million de personnes ont donné leur sang en France en 2016[286].

110. Le montant des dons déclarés dans le cadre de la demande de crédit d'impôt sur le revenu s'élevait à 2,5 milliards d'euros en 2018[287]. Si la détermination de la valeur du bénévolat constitue une entreprise difficile et contestée[288], elle a pu être estimée à 1 à 2 % du produit intérieur brut français[289]. Le montant total donné dans le cadre du mécénat est évalué à 3,5 milliards d'euros par an[290].

111. L'altruisme a, également, été intégré dans certaines analyses économiques. L'introduction de l'altruisme dans la pensée économique moderne a débuté par l'analyse de ses manifestations dans divers domaines particuliers, tels que la philanthropie[291], le don de sang[292], ou les transferts intrafamiliaux[293]. Les auteurs ont relevé que le modèle de l'*homo economicus* préoccupé par ses seuls intérêts ne pouvait expliquer les comportements des agents dans ces situations. Ils ont exprimé l'altruisme à travers « *l'interdépendance des fonctions d'utilité* », c'est-à-dire que la modélisation des comportements de l'agent intègre le fait que ses préférences

282 Note technique du Baromètre de la générosité 2015 réalisé par le syndicat d'associations France générosités (accessible à l'adresse suivante : http://www.francegenerosites.org/wp-content/uploads/2016/10/FICHE-TECHNIQUE-BAROMETRE-FG.pdf).

283 Enquête La France bénévole réalisée par l'association Recherches et Solidarités, p. 5 (accessible à l'adresse suivante : https://www.francebenevolat.org/sites/default/files/DOCUMENTATION/ETUDE_Evol%20b%C3%A9n%C3%A9volat%20associatif%20en%202019_DEF.pdf).

284 Baromètre du mécénat d'entreprise en France 2020 réalisé par Admical.

285 Rapport annuel 2019 de l'Agence de la biomédecine, p. 22, précité nbp n° 281.

286 Rapport annuel 2016 de l'Etablissement français du sang, p. 54.

287 Enquête « La générosité des français » réalisée par l'association Recherches et Solidarités, p. 6.

288 E. ARCHAMBAULT et L. PROUTEAU, « Un travail qui ne compte pas ? La valorisation monétaire du bénévolat associatif », *Travail et Emploi*, DARES, 2010, p. 57, nos 4-7.

289 *Ibid*., nos 20-29.

290 Baromètre du mécénat d'entreprise en France 2020 réalisé par Admical, chiffres clés, p. 6, cité *supra*, nbp n° 284.

291 Voir par exemple : F. G. DICKINSON (dir.), *Philanthropy and Public Policy*, National Bureau of Economic Research, 1962, cité par : O. GÜN, *L'introduction de l'hypothèse d'altruisme dans la théorie économique contemporaine : causes, modalités et conséquences*, th. Paris I, 2003, p. 11. Voir aussi : L. PROUTEAU, *Économie du comportement bénévole : théorie et étude empirique*, Economica, 1999, p. 80.

292 Voir notamment : R. M. TITMUSS, *The Gift Relationship. From Human Blood to Social Policy*, George Allen and Unwin Ltd, 1970, cité par L. PROUTEAU, *Économie du comportement bénévole*, *op. cit.* nbp n° 291, p. 80.

293 Voir notamment : G. S. BECKER, *A Treatise on the Family*, Harvard University Press, 1981, cité par L. PROUTEAU, *Économie du comportement bénévole*, *op. cit.* nbp n° 47, p. 80 et O. GÜN, *L'introduction de l'hypothèse d'altruisme dans la théorie économique contemporaine*, *op. cit.* nbp n° 291, p. 8. Voir aussi : A.-M. LEROYER, *Droit de la famille*, PUF, 2022, n° 92.

dépendent du bien-être d'autres personnes. Autrement dit, son propre bien-être varie en fonction de celui d'autres personnes[294]. L'existence d'actes altruistes est donc prise en compte par certains auteurs dans le cadre utilitariste de l'analyse économique.

112. La propension des individus à réaliser des actes objectivement désintéressés a été constatée par des études empiriques en économie comportementale. Des expérimentateurs ont observé des comportements tendant à procurer un avantage à autrui sans que l'auteur n'en tire aucun avantage pour lui-même[295]. Parmi la pluralité des protocoles susceptible de les mettre en évidence, le « jeu du dictateur » constitue un exemple simple. Le joueur reçoit une somme d'argent de l'expérimentateur et se voit proposer de la partager avec un second participant. On observe que les joueurs consentent à donner en moyenne 30 % de la somme reçue, alors même que leur choix ne leur confère aucun avantage, ni ne leur permet d'éviter un inconvénient. Les auteurs concluent à l'existence d'actes objectivement désintéressés, lesquels pourraient laisser présumer une motivation bienfaisante.

2. La pluralité des hypothèses formulables quant aux motifs du concédant

113. Plan. La motivation du concédant d'un acte objectivement désintéressé étant inaccessible, il est toujours envisageable de présumer l'existence de motifs égocentrés conscients mais non déclarés ou de motifs égocentrés inconscients (a). Mais il n'est pas plus irrationnel de croire en l'existence de motifs bienfaisants (b).

a) La possibilité de l'existence de motifs égocentrés

114. La bienfaisance étant en premier lieu une vertu, il faut, si l'on conteste la capacité de la personne à agir vertueusement, douter de l'existence de la bienfaisance. La plupart des systèmes de philosophie morale érigent la bienfaisance en vertu. Aristote érige en vertus morales la libéralité et la magnificence. La libéralité est la vertu par laquelle la personne donne

294 L. PROUTEAU, *Économie du comportement bénévole*, *op. cit.* nbp n° 47, p. 80 ; O. GÜN, *L'introduction de l'hypothèse d'altruisme dans la théorie économique contemporaine*, *op. cit.* nbp n° 291, p. 312-313. Relevons que l'altruisme intégré n'est pas un « *altruisme parfait* », qui supposerait que l'agent accorde le même poids au bien-être d'autrui qu'au sien propre : *ibid.*, p. 81. Certains critiquent cette intégration, lui reprochant de réduire l'altruisme à l'intérêt personnel. Ils préconisent un changement des méthodes d'analyse, et notamment une refonte de la théorie des utilités. Sur ce point, voir L. PROUTEAU, *Économie du comportement bénévole*, *op. cit.* nbp n° 291, p. 103-111.

295 Pour un résumé de ces résultats, voir C. CLAVIEN, *Je t'aide… moi non plus. Biologique, comportemental ou psychologique : l'altruisme dans tous ses états*, Vuibert, 2010, p. 74-76. Sur le « jeu du dictateur », voir aussi *infra*, n° 122.

quand il faut, fait du bien, fait de belles choses[296]. Elle est décrite comme « *un sage milieu* » : il s'agit tout autant de donner lorsqu'il faut que de s'abstenir de donner ou de recevoir quand il ne faut pas, et d'éviter tant l'avarice que la prodigalité[297]. La magnificence, qui constitue un cas particulier de libéralité, est le fait de dépenser convenablement pour les grandes choses[298], toujours en vue du bien et du beau[299]. La théologie morale catholique encourage également à la bienfaisance. La charité, c'est-à-dire l'amour du Christ et l'amour du prochain[300], est érigée en vertu théologale[301]. Elle justifie la bienfaisance à l'égard d'autrui, et notamment l'aumône[302]. Kant érige également la bienfaisance en devoir moral[303]. La question de l'existence d'actes bienfaisants ou désintéressés se confond donc avec celle de la capacité de la personne à agir vertueusement. Pour Hobbes, la personne à l'état de nature agit exclusivement dans le but de sa propre survie. Elle est indifférente à l'existence, la survie et l'intérêt des autres. Pire, en l'absence d'autorité supérieure imposant la paix, les hommes sont en guerre les uns contre les autres[304]. La personne naît non sociable mais le devient pour obtenir des autres la condition de sa survie[305]. Au contraire, la société résulte de l'action intéressée, de la poursuite par chacun de son propre intérêt[306]. On retrouve une telle perspective chez des moralistes contemporains, tels

296 ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Livre IV, Chapitre I, spéc. §7 ; P. VEYNE, *Le Pain et le Cirque, op. cit.* nbp n° 885, p. 35.

297 ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Livre IV, Chapitre I, § 24.

298 *Ibid.*, Livre IV, Chapitre II, spéc. § 1 ; P. VEYNE, *Le Pain et le Cirque, op. cit.* nbp n° 885, p. 35.

299 *Ibid.*, § 7.

300 Voir par exemple : SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, IIa IIae Pars, Question 25, Article 1 ; O. BOULNOIS, « Le tournant chrétien : la loi de la charité », *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique*, 2001, p. 129.

301 SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, IIa IIae Pars, Question 23, Article 5.

302 *Ibid.*, Question 32, Article 1 ; Voir aussi : P. VEYNE, *Le Pain et le Cirque, op. cit.* nbp n° 885, p. 49 ; P. TROUDE-CHASTENET, « Générosité publique et figures bibliques du don », *Revue du MAUSS*, vol. 52, nº 2, 2018, p. 177-200. *Les Évangiles relatent plusieurs épisodes lors desquels le Christ appelle à faire l'aumône :* Évangile selon Saint Matthieu 5:42, 6:1-4, 25:35 ; Évangile selon Saint Luc 10:35, 12:33, 14:13, 18:22.

303 E. KANT, *Métaphysique des mœurs I*, Flammarion, 2018, p. 72. Kant relève que la bienfaisance peut susciter du bien-être chez son auteur : « *il y a certaines âmes si portées à la sympathie, que même sans aucun autre motif de vanité ou d'intérêt elles éprouvent une satisfaction intime à répandre la joie autour d'elles et qu'elles peuvent jouir du contentement d'autrui, en tant qu'il est leur œuvre*. » Elle ne constitue, en ce cas, pas une action morale : «*dans ce cas une telle action, si conforme au devoir, si aimable qu'elle soit, n'a pas cependant de valeur morale véritable, quelle va de pair avec d'autres inclinations, avec l'ambition par exemple* ». Seule la personne indifférente au bonheur des autres, car trop absorbée par « *ses chagrins personnels* », insensible, agit « *uniquement par devoir* » et son « *action a une véritable valeur morale* » : *ibid.*

304 T. HOBBES, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la République ecclésiastique et civile*, Sirey, 1971, p. 124.

305 T. HOBBES, *Le Citoyen ou les fondements de la politique*, Flammarion, 1982, p. 93-94.

306 *Ibid.*, p. 92-93 : « *Je conclus donc derechef que toutes les sociétés sont bâties sur le fondement de la gloire et des commodités de la vie ; et qu'ainsi elles sont contractées par l'amour-propre, plutôt que par une forte inclination que nous ayons pour nos semblables*. […] *C'est donc une chose tout avérée, que l'origine des plus grandes et des plus durables sociétés, ne vient point d'une réciproque bienveillance que les hmmes se portent, mais d'une crainte mutuelle qu'ils ont les uns des autres*. » Voir aussi :

que La Rochefoucauld, qui retient ainsi une vision pessimiste de la personne, dans laquelle celle-ci est uniquement guidé par son amour-propre. Les valeurs morales telles que la charité ou la générosité ne tendent qu'à dissimuler le caractère intéressé de toute action pour les rendre publiquement acceptables[307]. La personne qui apparaît agir avec bienfaisance peut donc toujours être soupçonnée de poursuivre son propre intérêt et de le dissimuler.

115. La perception de la distinction entre intérêt et désintéressement a été renouvelée avec l'arrivée au premier plan de la réciprocité. Dans l'*Essai sur le don*, publié en 1923, Mauss s'intéresse au rôle du don dans les sociétés tribales[308]. Il a observé que le don y constitue un « *fait social total*[309] », que l'on peut décrire comme un « *fait dominant autour duquel tout le reste s'organise* », « *ce qui, en somme, fournit une raison d'être à l'ensemble de la société*[310] ». Le don satisfait deux fonctions sociales, parfois l'une ou l'autre, parfois concurremment. Le don peut être antagoniste, en ayant pour finalité d'exprimer la puissance de son auteur, ou non antagoniste, et tendre à la reconnaissance du bénéficiaire et à la formation d'une alliance avec lui[311]. En toute hypothèse, il est caractérisé par une triple obligation de donner, de recevoir et de rendre. Refuser de donner revient à refuser l'alliance, la relation, ou refuser de manifester sa grandeur et sa fortune. Le refus de recevoir caractérise encore un rejet d'alliance ou manifeste la peur d'avoir à rendre. Celui qui ne rend pas ou rend moins tombe dans le déshonneur[312]. Mauss perçoit donc le don comme obligatoire et donnant lieu à réciprocité anticipée ; il constitue une forme d'échange[313]. Mauss n'a pas travaillé sur le don dans les sociétés modernes. Il n'a pas formulé d'hypothèse sur les motifs de l'auteur de l'acte, mais uniquement sur sa fonction sociale. De nombreux auteurs se sont toutefois fondés sur ses écrits pour tirer des conclusions sur ces motifs.

P. CHANIAL et A. CAILLÉ, « Présentation du dossier L'homme est-il un animal sympathique. Le contr'Hobbes », *Revue du MAUSS*, vol. 31, nº 1, 2008, p. 5-29.

307 F. DE LA ROCHEFOUCAULD, *Réflexions ou sentences et maximes morales*, Partie 1, nº 246 ; Partie 6, nº CCLXVIII. Voir aussi : B. MANDEVILLE, *La fable des abeilles suivi de Recherches sur l'origine de la vertu morale*, Berg International, 2013, p. 44.

308 M. MAUSS, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, 2e édition, PUF, 2014, p. 64 et 69. Sociologue, Mauss a produit des écrits présentant des caractéristiques d'essais d'anthropologie. Il est donc considéré comme le premier anthropologue français. Ses écrits en général, et l'Essai sur le don en particulier, ont fait l'objet d'une diffusion et d'une analyse substantielle.

309 M. MAUSS, *Essai sur le don, op. cit.* nbp nº 308, p. 64 et 69

310 M. HÉNAFF, *Le Don des philosophes. Repenser la réciprocité,* Seuil, 2012, p. 61.

311 *Ibid.*, p. 68-72.

312 M. MAUSS, *Essai sur le don, op. cit.* nbp nº 308, p. 83-85 et p. 142-152. Voir aussi : M. HÉNAFF, *Le Don des philosophes, op. cit.* nbp nº 310, p. 82-86, 142-152, 213-214.

313 Mais le don est nettement différencié des actes de commerce. Deux communautés étant susceptibles d'entretenir conjointement deux systèmes d'échanges, l'un fondé sur le don et l'autre fondé sur le commerce : *ibid.* ; M. MAUSS, *Essai sur le don,* op. cit. nbp nº 308, p. 103.

116. La définition de la gratuité est alors repensée par certains par le prisme de l'analyse de ses relations avec la réciprocité. Des auteurs contemporains réduisent ainsi le don à l'acte excluant toute réciprocité. Luc Boltanski oppose ainsi la *philia*, caractérisée par la réciprocité, et l'*agapè*, le don, qui exclut tout contre-don et suppose que l'agent n'envisage pas de contre-don[314]. De même, selon Derrida, le don véritable est inconditionnel. Il exclut toute réciprocité actuelle ou potentielle. Il exige que les parties oublient le don et sa réception[315]. Dans une telle perspective, la gratuité, si elle devait être assimilée au don, serait extrêmement rare voire inexistante.

117. Il est donc toujours possible de présumer que le concédant d'un acte objectivement désintéressé est animé par l'intention d'établir ou d'entretenir une relation avec le bénéficiaire avec l'espoir d'obtenir ultérieurement des avantages matériels de ce bénéficiaire. Il peut être soutenu que le concédant est motivé par le désir d'améliorer sa réputation ou d'établir une relation de confiance avec son partenaire[316], en vue notamment d'obtenir des avantages matériels[317]. D'autres retiennent que le donateur serait motivé par la volonté d'affirmer son pouvoir sur le donataire et ainsi d'établir ou maintenir une relation hiérarchique[318]. Dans la doctrine juridique, Mme le professeur Rochfeld a exposé que le donateur a pour finalité d'entretenir la relation entre le donateur et le donataire en vue d'un retour futur et éventuel. En conséquence, elle a défini la cause de l'engagement du donateur dans les libéralités comme la « *poursuite non rationnelle d'une contrepartie relationnelle et imprévisible*[319] ».

118. Il est également possible de présumer que le concédant est motivé par la poursuite d'un « intérêt moral » résidant notamment dans l'orgueil, la vanité, ou le simple bien-être ressenti à l'occasion de l'acte. Il peut être soutenu qu'il est impossible de prouver que le concédant n'est pas animé exclusivement ou principalement par la poursuite d'un intérêt moral[320]. La relation que le don permet d'établir avec l'autre peut être considérée comme une

314 L. BOLTANSKI, *L'amour et la justice comme compétences*, Éditions Métailié, 1990, p. 161-173.
315 J. DERRIDA, *Donner le temps. La fausse monnaie*, Galilée, 1991, p. 30-35 ; M. HÉNAFF, *Le don des philosophes*, *op. cit.* nbp n° 310, p. 25-35.
316 Voir par exemple : E. A. POSNER, Altruism, Status and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises, 1997 Wisconsin Law Review 567 (1997).
317 E. A. FARNSWORTH, Promises to Make Gifts, 43 American Journal of Comparative Law 359 (1995), p. 360 ; J. ELSTER, *Le désintéressement*, *op. cit.* nbp n° 316, n° 114.
318 Voir par exemple : J. L. SCHROEDER, Pandora's Amphora: The Ambiguity of Gifts, 46 UCLA Law Review 815 (1999) ; S.-C. KOLM, *La bonne économie*, PUF, 1984, p. 79.
319 J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, *op. cit.* nbp n° 241, n°s 294-297.
320 Voir par exemple : G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les successions et les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 203, n° 296 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, 10e édition, LGDJ-Lextenso, 2022,

source d'orgueil ou de vanité[321]. Plus généralement, le bien-être que ressentirait le concédant constituerait un motif égocentré écartant la bienfaisance. Certains économistes retiennent que le bien-être du donateur dépend du bien-être du donataire de sorte que le don augmente le bien-être du donateur. Le donateur apprécie que le bien-être du donataire augmente ou, plus spécifiquement, il apprécie avoir causé l'augmentation du bien-être du donataire. L'idée est résumée par le terme d'utilités interdépendantes[322]. Plus concrètement, le motif égocentré pourrait s'agir du plaisir de donner, aussi appelé « *warm glow*[323] ». Il pourrait également s'agir du désir d'échapper au sentiment de pitié ou de détresse ressenti à la vue d'une personne en difficulté, ou au sentiment de culpabilité qui envahirait le potentiel donateur s'il omettait de réaliser un acte bienfaisant[324]. Ainsi, le donateur aurait pour seule finalité d'augmenter son propre bien-être et ce motif constituerait un motif égocentré : « *le sujet égocentrique rapporte tout à lui-même. Autrui ne compte pour lui qu'en tant de* source *ou de* condition *d'approbation* […] *dans aucun des deux cas le bien-être d'autrui ne constitue l'objet d'un véritable souci désintéressé*[325] ».

119. Il est, surtout, possible de présumer que l'acte est toujours justifié par des motifs égocentrés inconscients. À supposer qu'un individu affirme avoir agi par pure intention bienfaisante, certains soutiennent que la seule introspection ne peut lui permettre d'accéder à ses véritables motifs. Bien que le sujet ait cru avoir été motivé par le désir d'avantager autrui, ce désir serait issu d'un motif inconscient égocentré, tel que celui d'être récompensé dans

---

nº 222 ; M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, *op. cit.* nbp nº 275, nº 9 ; F. HARTMAN, *La notion de libéralité*, *op. cit.* nbp n° 265, nº 206 ; G. CORNU, « Du sentiment en droit civil », *in L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 74. Voir aussi, ajoutant que cet intérêt moral peut résider dans l'intention de soulager sa conscience, celle de gagner la gratitude de son prochain, de trouver son propre bonheur dans celui d'autrui, ou la poursuite d'une récompense qu'une autre vie réserve à la personne généreuse : C. VERNIÈRES, « La philanthropie et le droit des successions », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Grimaldi*, Defrénois, 2020, p. 978, nº 10.

321 J. ELSTER, *Le désintéressement*, *op. cit.* nbp nº 316, p. 114.

322 Voir la formulation de cette hypothèse dans R. A. POSNER, Gratuitous Promises in Economics and the Law, 6 Journal of Legal Studies 411 (1977), p. 412, et sa source notamment dans les travaux de Gary Becker. Les utilités peuvent être définies comme le bien-être d'un agent. Les utilités sont interdépendantes lorsqu'elles dépendent soit du niveau de bien-être de l'autre, soit de l'effet que le comportement d'un acteur peut avoir sur le niveau de bien-être de l'autre. Sur Gary Becker, voir aussi *supra*, nº 111 et A.-M. LEROYER, *Droit de la famille*, PUF, 2022, nº 92.

323 J. ANDREONI, Giving with Impure Altruism, 97 *Journal of Political Economy* 1447 (1989), p. 1447. Ce « *warm glow* » a également été mis en évidence en sociologie (J. GODBOUT et A. CAILLÉ, *L'esprit du don*, La Découverte & Syros, 2000, p. 108-109) et en neuropsychologie (C. CLAVIEN, *Je t'aide… moi non plus*, *op. cit.* nbp nº 295, p. 138, et les références citées).

324 Voir les travaux de Daniel Batson résumés dans C. D. BATSON, N. AHMAD, D. A. LISHNER et J.-A. TSANG, « Empathy and Altruism », *in* C. R. SNYDER et S. J. LOPEZ (dir.), *The Handbook of Positive Psychology*, Oxford University Press, 2002, p. 420 et C. CLAVIEN, *Je t'aide… moi non plus*, *op. cit.* nbp nº 295, p. 131-133.

325 J. ELSTER, « Le désintéressement », *in Cours et travaux du Collège de France. Annuaire 109e année*, Collège de France, 2010, p. 530.

l'au-delà[326]. Chacun dupe les autres et se dupe soi-même en se présentant comme désintéressé. Le comportement bienfaisant étant valorisé par tous, chacun aurait « *de bonnes raisons égocentriques* » de dissimuler l'intérêt qu'il poursuit, aux autres mais aussi à soi-même[327].

b) La possibilité de l'existence de motifs bienfaisants

120. De nombreux philosophes affirment la capacité de l'être humain à agir de manière bienfaisante. Il ressort de la pensée des Lumières que l'amour de l'autre constitue un penchant naturel, un besoin, une inclination de la nature, et qu'elle se traduit naturellement par la bienfaisance[328]. Rousseau, par exemple, considère que la vertu de la pitié est un trait caractéristique de la personne, une vertu qu'il qualifie de naturelle[329]. Auguste Comte, qui forge le néologisme « *altruisme* », affirme la capacité de la personne à « *vivre pour autrui* », fondée sur des « *penchants sympathiques* », susceptible de supplanter l'égoïsme lorsque la satisfaction des instincts nutritifs laisse place à d'autres penchants[330]. Même Adam Smith, présenté comme l'un des fondateurs des sciences économiques, considère que la personne est apte à la sympathie, c'est-à-dire qu'il peut imaginer ce qu'elle ressentirait si elle était à la place de l'autre[331], et qu'elle est capable de bienfaisance[332]. Selon le principe d'utilité de John Stuart Mill, « *les actions sont bonnes ou mauvaises dans la mesure où elles tendent à accroître le bonheur, ou à produire le contraire du bonheur*[333] ». Mais la personne est capable « *des affections privées authentiques, un intérêt sincère pour le bien public*[334] ». Le bonheur poursuivi

326 C. CLAVIEN, *Je t'aide… moi non plus*, *op. cit.* nbp n° 295, p. 130-131.
327 J. ELSTER, « Le désintéressement », *loc. cit.* nbp n° 325, p. 531.
328 C. DUPRAT, « Chapitre 1. Des Lumières au premier XIXe siècle. Voie française de la philanthropie », *in* C. BEC, C. DUPRAT, J.-N. LUC, J.-G. PETIT (dir.), *Philanthropies et politiques sociales en Europe (XVIIIe – XXe siècles)*, *op. cit.* nbp n° 887, p. 5.
329 Jean-Jacques Rousseau considérait ainsi la pitié comme la seule vertu naturelle de l'homme : « *Je ne crois pas avoir aucune contradiction à craindre, en accordant à l'homme la seule vertu naturelle, qu'ait été forcé de reconnaître le détracteur le plus outré des vertus humaines. Je parle de la pitié, disposition convenable à des êtres aussi faibles, et sujets à autant de maux que nous le sommes ; vertu d'autant plus universelle et d'autant plus utile à l'homme qu'elle précède en lui l'usage de toute réflexion, et si naturelle que les bêtes mêmes en donnent quelquefois des signes sensibles* » (J.-J. ROUSSEAU, *Œuvres complètes*, tome 6, J. Bry aîné, 1856, p. 252).
330 A. COMTE, *Catéchisme positiviste*, Apostolat positiviste, 1891, p. 23.
331 A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, 2e édition, PUF, 2011, p. 23-24.
332 *Ibid.*, p. 129-130.
333 J. S. MILL, *L'utilitarisme. Essai sur Bentham*, PUF, 1998, p. 31. Voir aussi : J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, J. Vrin, 2011, Chapitre VI, p. 78-82, nos 20, 21 et 26. Bentham énonce que l'homme peut être doté d'une sensibilité sympathique, constituant « *la propension de quelqu'un à tirer plaisir du bonheur et douleur du malheur d'autres êtres sensibles* » (no 20), qu'il peut être prédisposé à l'égard de « *1. Certains individus. 2. Une classe subordonnée d'individus. 3. La nation toute entière. 4. Le genre humain en général. 5. La création sensible tout entière* » (no 21), et habituellement plus spécifiquement, sa famille et ses proches (no 26). Voir aussi : M.-L. LEROY, « Jeremy Bentham ou la sympathie pour le plus grand nombre », *Revue du MAUSS*, vol. 31, no 1, 2008, p. 122-136
334 *Ibid.*, p. 44

n'est pas limité à celui de l'agent, « *mais le bonheur de tous ceux concernés*[335] ». Ainsi, si les personnes cherchent la maximisation de leur plaisir, celle-ci peut être accomplie par la satisfaction des intérêts d'autrui.

121. Des enquêtes et des travaux expérimentaux révèlent l'existence et la fréquence de la motivation bienfaisante. Les enquêtes réalisées auprès des personnes s'étant portées bénévoles ou donatrices les interrogent sur leurs motivations. La majorité des enquêtés déclarent que leurs actes sont motivés par l'intention d'aider les autres[336].

122. Des travaux expérimentaux ont également cherché à déterminer si les individus réaliseraient un acte avantageant exclusivement autrui s'ils n'en retiraient aucun intérêt externe. Par exemple, dans une variante du « jeu du dictateur[337] », il est indiqué au participant que personne d'autre ne connaîtrait son choix et que d'autres, placés dans sa situation, ont majoritairement opté pour le choix égocentré. Ces travaux ont établi que de telles circonstances sont dépourvues d'influence sur la propension d'un individu à agir au bénéfice d'autrui[338].

123. Les motifs étant divers et inaccessibles, la présomption de poursuite d'un intérêt n'est pas plus pertinente que la présomption de bienfaisance. Il ne sera jamais possible de s'assurer de la réalité des motifs bienfaisants. Mais il est tout aussi impossible d'établir avec certitude les motifs de celui qui obtient une contrepartie. Si le droit retient que l'acte est motivé par l'intention d'obtenir cette contrepartie, ce n'est qu'au prix d'une présomption. L'existence d'une contrepartie permet de présumer que l'auteur de l'acte a été motivé par l'intention de l'obtenir. En l'absence de contrepartie, il est possible de présumer que l'auteur a agi dans son propre intérêt. Il est cependant tout aussi pertinent de présumer que l'auteur était motivé par une intention bienfaisante. Le doute joue aussi bien en faveur qu'en défaveur de l'existence de véritables motifs bienfaisants[339]. Si certains énoncent que la poursuite d'un intérêt constitue un motif plus probable que la bienfaisance, c'est qu'ils s'inscrivent dans une conception individualiste et utilitariste de la personne.

---

335 *Ibid.*, p. 50. Mill va plus loin en retenant que la morale utilitariste interdit à chacun de privilégier son propre intérêt par rapport à celui des autres : « *Entre son propre bonheur et celui des autres, l'utilitarisme exige qu'il soit aussi impartial qu'un spectateur désintéressé et bienveillant le serait* » : MILL, p. 50.

336 Ainsi, 77 % des personnes indiquant être bénévoles au sein d'une association en 2016 déclarent, parmi « *les raisons de* [leur] *engagement bénévole* », « *être utile à la société et agir pour les autres* » : voir l'enquête La France bénévole réalisée par l'association Recherches et Solidarités, p. 6 (accessible à l'adresse suivante : http://www.recherches-solidarites.org/media/uploads/la_france_benevole-22-06-2017.pdf).

337 Sur le jeu du dictateur, voir *supra*, n° 112.

338 Voir les travaux de Daniel Batson, cités *supra*, nbp n° 324.

339 M. TERESTCHENKO, « Égoïsme ou altruisme ? Laquelle de ces deux hypothèses rend-elle le mieux compte des conduites humaines ? », *Revue du MAUSS* 2004/1, p. 319.

3. L'intelligibilité de la bienfaisance par les sentiments d'empathie et de compassion

124. La motivation bienfaisante est expliquée théoriquement par les sentiments d'empathie et de compassion. L'émotion peut être définie comme une conduite vécue affectivement sur le mode du plaisir ou de la douleur[340]. Des psychologues ont émis l'hypothèse d'un lien entre empathie et bienfaisance. L'empathie est définie comme l' « *émotion qui naît du partage de l'émotion d'un autre*[341] ». L'acte de bienfaisance trouverait sa cause non exclusivement dans une décision rationnelle mais partiellement dans une émotion, l'empathie, ressentie envers autrui[342].

125. Les juristes retiennent plus précisément que la source de la bienfaisance se trouverait dans le sentiment de compassion[343]. L'empathie serait caractérisée par le fait de ressentir la même émotion que l'autre au même moment, par dispersion de l'émotion – par exemple, la diffusion du sentiment de peur dans une foule lors des mouvements de foule – ou par pure imitation – par exemple, l'imitation par les bébés des émotions manifestées par la personne qui leur est proche[344]. La compassion ou la sympathie consisterait plus précisément dans l'inquiétude ou l'intérêt pour le bien-être de l'autre lorsqu'il souffre ou lorsqu'il est placé dans une situation difficile ou douloureuse[345]. Ce serait la compassion davantage que l'empathie qui constituerait le moteur de l'action tendant à consoler ou à atténuer la douleur de l'autre[346]. Les motifs étant inaccessibles, il est toujours possible de supposer que celui qui procure un avantage à autrui est animé par la poursuite de son propre intérêt et non par une intention bienfaisante. La bienfaisance, rendue intelligible par la reconnaissance des émotions susceptibles de la générer, n'est néanmoins pas moins probable que l'intérêt. Pourquoi la doctrine doute-t-elle de l'existence des motifs bienfaisants ? À notre sens, ce doute s'explique par l'adhésion à une conception individualiste et rationaliste de l'être humain.

340 *TLFi*, V° Émotion : « *Conduite réactive, réflexe, involontaire vécue simultanément au niveau du corps d'une manière plus ou moins violente et affectivement sur le mode du plaisir ou de la douleur*. » Voir aussi : E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », HAL, 2020 (hal-01790855), p. 5-8.

341 M. TERESTCHENKO, « Égoïsme ou altruisme », *loc. cit.* nbp n° 341, p. 320.

342 Voir les travaux de Daniel Batson, cf. *supra*, nbp n° 324. *Adde*. H. KEREN, Considering Affective Consideration, 40 Golden Gate University Law Review 165 (2009-2010) ; C. CLAVIEN, *Je t'aide… moi non plus*, *op. cit.* nbp n° 295, p. 145-149.

343 O. HANSBERG, « Empathy and Negative Intimacy », *in* A. AMAYA et M. DEL MAR, *Virtue, emotion, and imagination in law and legal reasoning*, Hart Publishing, 2020, p. 157.

344 *Ibid.*, p. 60-61.

345 *Ibid.*, p. 62-63 : « *being worried or interested in someone else's wellbeing when they suffer, or when they are in a difficult or painful situation* » (s'inquiéter ou s'intéresser au bien-être d'une autre personne lorsqu'elle souffre ou lorsqu'elle se trouve dans une situation difficile ou douloureuse).

346 *Ibid.*, p. 63.

B. LA TRADITION INDIVIDUALISTE ET RATIONALISTE, SOURCE DU REJET DE LA BIENFAISANCE

126. Plan. La doctrine civiliste est imprégnée d'individualisme (1.) et de rationalisme (2.).

1. Individualisme
2. Rationalisme

1. Individualisme

127. La doctrine contractualiste retient une conception individualiste et utilitariste des motivations humaines[347]. Les rédacteurs du code civil étaient caractérisés par une perception pessimiste de la nature humaine. L'héritage du siècle des Lumières ayant « *ramen*[é] *l'humain à l'animalité, à la matière, à l'organique, au mécanique* », conjugué à l'expérience révolutionnaire[348], les ont conduits à considérer la personne comme « *une mécanique d'appétits, ou bien rationnels, ceux qu'induit le calcul égoïste, ou bien irrationnels, ceux qui ressortissent aux "penchants", à l'affectivité*[349] ». Et surtout, la personne aurait été perçue comme incapable de tout désintéressement[350].

128. Les réflexions subséquentes sur la notion et la fonction du contrat ont confirmé que celui-ci est généralement conçu comme le moyen par lequel les parties satisfont leur intérêt et plus précisément leur intérêt matériel. Ainsi, la théorie de l'autonomie de la volonté, selon laquelle les contrats sont obligatoires parce que les parties l'ont voulu, a été justifiée par l'idée que chacune d'elles défend son intérêt personnel, de sorte que la conciliation des intérêts en présence permet de produire une norme conforme à l'intérêt général[351]. Au début du XX^{e} siècle, la limitation de la liberté contractuelle par l'apparition de règles d'ordre public est expliquée

347 J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat, op. cit.* nbp n^{o} 241, n^{os} 79-84.

348 X. MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon, op. cit.* nbp n^{o} 186, p. 458. Voir aussi : X. MARTIN, « L'insensibilité des rédacteurs du code civil à l'altruisme », *loc. cit.* nbp n^{o} 186, p. 600.

349 X. MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon, op. cit.* nbp n^{o} 186, p. 15. Voir aussi : X. MARTIN, « L'insensibilité des rédacteurs du code civil à l'altruisme », *loc. cit.* nbp n^{o} 186, p. 602-603.

350 X. MARTIN, « L'insensibilité des rédacteurs du code civil à l'altruisme », *loc. cit.* nbp n^{o} 186, p. 589. Voir aussi : X. MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon, op. cit.* nbp n^{o} 186, p. 18.

351 Voir par exemple : R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*. *Tome 1. Sources des Obligations*, Librairie Arthur Rousseau, 1923, n^{o} 15 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. Tome 2. Contrat, op. cit.* nbp n° 231, n^{o} 7 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *L'acte juridique, op. cit.* nbp n^{o} 239, n^{o} 132.

par la nécessité de prévenir que le fort, dans la poursuite de son intérêt personnel, écrase le faible[352].

129. Les travaux récents s'inscrivent encore dans cette perception de l'action humaine. Les tenants du solidarisme contractuel ont fait valoir que les relations contractuelles sont également un lieu d'altruisme et d'entraide[353]. Il leur a été reproché une position « *utopique* » et qui « *ne témoigne pas d'une connaissance approfondie des ressorts de l'âme humaine*[354] ». Les idées solidaristes ne portent désormais que sur les contrats dans lesquels les parties ne sont pas motivées par des intérêts opposés mais poursuivent soit un intérêt commun, soit des intérêts convergents[355].

---

352 A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 2, 10e édition, par L. Julliot de la Morandière, Dalloz, 1948, nos 4 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général. Tome 1. Sources des Obligations*, *op. cit.* nbp no 351, no 22 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. Tome 2. Contrat*, *op. cit.* nbp n° 231, no 22 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 2. 1. Obligations : théorie générale*, *op. cit.* nbp n° 239, no 29.

353 Voir ainsi, soutenant que « *l'altruisme, la patience, le respect mutuel, l'indulgence, le sens de la mesure, la cohérence, l'entraide, la tolérance et d'autres vertus encore constituent un code de bonne conduite, une éthique que chaque contractant doit respecter dans l'univers contractuel* » : D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises… », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 905, no 6. Et encore, il ne s'agissait pas de soutenir que les contractants s'engagent par altruisme l'un pour l'autre, mais uniquement qu'à l'occasion de l'exécution du contrat, il pouvait être attendu d'eux qu'ils adoptent un comportement tenant compte des intérêts de l'autre, et que le cas échéant le juge puisse intervenir pour les y contraindre. On peut néanmoins soutenir que l'idée s'appuyait sur le présupposé d'une capacité de l'être humain à la bienfaisance, voire sur la nécessité d'encourager l'être humain à adopter un comportement bienfaisant. Si les personnes n'en étaient pas capables, ainsi que l'ont souligné des auteurs « *dès lors que la rigueur morale attendue des contractants ne sera pas également partagée par ceux- ci, il ne restera plus qu'à la leur imposer. Et plus l'approche sera irréaliste, plus la dose de contrainte nécessaire pour y parvenir sera forte* » (F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil : les obligations*, 13e édition, Dalloz, 2022, no 49). Sur le solidarisme contractuel, voir notamment : D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *in Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-JurisClasseur, 1999, p. 603 ; C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2002, p. 441 ; Y. LEQUETTE, « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, *op. cit.* nbp no 353, p. 879. Voir aussi : C. THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357 ; Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *in Études de droit privé : mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 247 ; L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004.

354 F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp no 353, no 49. Et les auteurs de conclure : « *il convient donc de conserver comme pierre angulaire du droit des contrats le fait que les hommes portent, très naturellement, dans leur grande majorité, plus d'attention à leurs propres intérêts qu'à ceux d'autrui* ». Cette critique est, aux termes de M. Mazeaud, celle « *qui revient sur la plume de la majorité des auteurs* » (D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel », *loc. cit.* nbp no 353, p. 912, nbp no 36).

355 Les solidaristes visent les contrats de dépendance : « *caractérisés par la situation de dépendance d'un contractant par rapport à l'autre, la durée de leurs relations et l'intérêt commun qui irrigue le contrat qui les unit, à savoir pour l'essentiel les contrats de distribution* » (D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel », *loc. cit.* nbp no 353, no 17). La doctrine majoritaire évoque plutôt le contrat-organisation et le contrat-coopération, qui viendraient se distinguer du contrat-échange. Les contrats-échange « *ont pour objet une permutation au terme de laquelle le bien de A se trouve entre les mains de B et le bien de B entre les mains de A* » (P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation »,

130. L'ordonnance de réforme du droit des contrats n'a pas modifié cette orientation. De surcroît, elle n'a pas consacré les catégories du contrat-organisation ou du contrat-coopération. Selon certains, elle pourrait être interprétée comme confirmant le modèle du contrat-échange, aux dépens de la diversification des contrats[356]. Il en résulte que pour la doctrine majoritaire, les personnes qui s'engagent juridiquement envers d'autres sont motivées par la seule poursuite de leurs intérêts personnels.

2. Rationalisme

131. Le droit repose sur un postulat de rationalité dont il résulte que les actes intéressés, jugés rationnels, sont reconnus, tandis que les actes bienfaisants, considérés comme irrationnels, ne le sont pas. Le droit est décrit comme rationaliste[357]. L'interprétation et l'application du droit résulterait d'une opération intellectuelle guidée par la raison et non par l'émotion. Ce rationalisme trouverait sa source dans la distinction cartésienne entre corps et l'esprit, laquelle serait prolongée par la distinction entre émotion et raison[358].

---

in L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré, *op. cit.* nbp nº 353, p. 635). Ils « *établissent entre les parties un jeu à somme nulle, en ceci que l'un des contractants gagne nécessairement ce que l'autre perd* » (F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp nº 353, nº 50). Les contrats-organisation « *instituent une coopération entre A et B ; lesquels mettent en commun des choses qui jusque-là leur étaient propres et les emploient à une activité conjointe* » (P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *loc. cit.*). Ils « *crée*[nt] *entre les parties un jeu de coopération où les deux parties peuvent gagner ou perdre conjointement* » (F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, précité, nº 50). Enfin, le contrat-coopération est l'acte qui, « *opérant la mise en relation des actifs complémentaires des partenaires dans le cadre d'un projet commun,* […] *coordonne leurs intérêts convergents mais différents* » (S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, 2012, nº 571).

L'existence d'un projet commun tendant à la réalisation de l'intérêt commun ou d'intérêts convergents justifie qu'il soit imposé à chacune des parties d'adopter un comportement propre à préserver non l'intérêt des autres, mais le projet commun (S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération*, précité, nºs 572 et 574). Un auteur continue de promouvoir « *une exigence générale et accrue d'éthique contractuelle* », qui pourrait conduire à attendre d'un contractant, « *de façon exceptionnelle* », « *une certaine forme d'altruisme ou de fraternité* » lui imposant de prendre en considération les intérêts de son cocontractant (D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel », *loc. cit.* nbp nº 353, nº 16). Mais cette position n'implique pas une propension de l'être humain à être spontanément animé par l'altruisme et n'a pas emporté l'adhésion de la doctrine.

356 O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.* nbp n° 255, p. 7 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp nº 353, nºs 72-73.

357 J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, *op. cit.* nbp nº 241, nº 119 ; E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », *loc. cit.* nbp nº 340, p. 8-9 ; C. RUET, « Droit, émotions et sentiments », *in Mélanges en l'honneur du doyen Didier Guével*, LGDJ, 2021, p. 428-430.

358 *Ibid.*

132. Le rationalisme serait également justifié par la nécessité de consolider l'affirmation de la neutralité politique des juristes et de l'impartialité du juge[359]. Et un raisonnement juridique rationnel impliquerait le refus de reconnaître l'existence et de chercher à comprendre un acte irrationnel. Cela résulterait, notamment, de la nécessité de rapporter les éléments de faits intégrés au droit à des valeurs communément partagées[360]. Il en ressort que le comportement rationnel est conçu comme le comportement normal, partagé par tous, cependant que le comportement irrationnel est imprévisible et individuel[361]. En d'autres termes, seule la rationalité constituerait une grille de lecture des comportements humains.

133. Le droit civil, et plus particulièrement le droit des obligations, s'inscrit pleinement dans cette perspective rationaliste. Ainsi, les auteurs qui écrivent que chacun des cocontractants agit dans son intérêt retiennent implicitement mais nécessairement que chacun des cocontractants adopte un comportement leur permettant rationnellement de parvenir à la satisfaction de leurs intérêts. Le contrat est donc un acte rationnel[362]. Plus précisément, pour être reconnu comme un contrat, la manifestation de volonté doit répondre apparemment à une logique rationnelle[363]. Il aurait été intégré, en droit, par le biais de l'influence du jusnaturalisme révolutionnaire[364].

134. L'admission de la pertinence des émotions dans l'analyse juridique conduit à reconnaître la possibilité de la compréhension et de l'identification des actes motivés par les émotions, en ce compris l'acte de bienfaisance. La prééminence de la raison dans le discours juridique a été remise en cause. Dans un ensemble d'écrits rassemblés sous la

359 K. ABRAMS et H. KEREN, Who's Afraid of Law and the Emotions, 94 *Minnesota L. Rev.* 1997 (2009-2010), p. 2003-2004.

360 J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat, op. cit.* nbp nº 241, nº 119 : « *le contrôle que l'ordre juridique peut mener est un contrôle rationnel, c'est à dire un contrôle d'actes se déroulant selon un minimum de valeurs communes et évaluables à partir de celles-ci. L'utilitarisme prolongera en outre cette exigence en fondant la législation sur des comportements rationnels donc prévisibles, qui seuls autorisent une anticipation et un maniement* »

361 H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français op. cit.* nbp nº 227, p. 39 : « *La donation est un de ces actes juridiques sur lesquels la doctrine discutera à l'infini car elle est trop liée au domaine des sentiments pour pénétrer dans l'abstraction juridique, totalement détachée de ses sources obscures et confuses qui, pourtant, l'expliquent et parfois la justifient. Fruit des sentiments souvent les plus nobles de l'homme, générosité, affection, reconnaissance, elle apparaît, cependant, comme un instrument de désordre juridique, d'une part, parce que notre droit rationaliste valorise l'intérêt matériel comme un mobile à la fois plus logique, plus durable et plus sûr, et d'autre part parce que le caractère individualiste de la donation heurte cette sorte d'appropriation collective par la famille*. »

362 J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat, op. cit.* nbp nº 241, nº 117 ; G. CORNU, « Du sentiment en droit civil », *loc. cit.* nbp nº 362, p. 73-75.

363 J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat, op. cit.* nbp nº 241, nº 119 : « *cette exigence de rationalité ne veut pas dire que tout comportement soit intéressé et rationnel. Elle signifie uniquement que le droit adopte un postulat selon lequel il ne prend pas en compte l'ensemble des motivations véritables et élimine celles qui ne semblent pas conscientes et rationnelles* ».

364 Voir aussi A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 215 ; G. CORNU, « Du sentiment en droit civil », *op. cit.* nbp nº 362, p. 71.

dénomination de *Law and Emotion*, des auteurs soutiennent que les émotions doivent être prises en compte par les juristes. Le juge ne doit pas ignorer les émotions qu'il ressent et celles dont il constate la manifestation chez les parties[365]. Plus généralement, la règle juridique peut et doit reconnaître et inclure les réactions émotionnelles, et notamment les actes résultant de l'existence d'émotions[366].

135. Leur argumentaire repose sur le constat que la raison et l'émotion sont indissolublement liées[367]. Toute décision est inspirée conjointement par la raison et l'émotion[368]. Une décision inspirée par la seule raison serait aberrante[369]. Et l'émotion n'est pas individuelle et imprévisible[370]. Ou à tout le moins, l'émotion n'est pas moins communément partagée que la raison[371], quoique l'ampleur de ses manifestations varient selon les individus.

136. Il en ressort que les actes de bienfaisance, de même que les actes intéressés, sont inspirés par la raison et par l'émotion[372]. Le juriste, pour comprendre l'acte intéressé, se repose nécessairement sur ses constats émotionnels, autant que sur une réflexion rationnelle. De même que les actes intéressés ne constituent pas des actes purement rationnels, les actes de bienfaisance ne constituent pas des actes purement irrationnels. Et l'appel aux émotions qui permet de comprendre les actes intéressés partiellement irrationnels rend intelligible, de même, l'acte de bienfaisance. La reconnaissance de la nécessaire référence à l'émotion, et tout particulièrement à la compassion qui sera un moteur fréquent de l'acte désintéressé, permet la reconnaissance juridique de l'acte de bienfaisance[373]. Les actes bienfaisants, décrits par la

365 Sur le mouvement doctrinal « Law and Emotion » aux États-Unis, voir notamment : E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », *loc. cit.* nbp nº 340, p. 10-12. Sur les émotions du juge, voir aussi le colloque « L'office du juge, la raison et ses émotions » du cycle de conférences de la Cour de cassation 2022 « Penser l'office du juge » (accessible sur internet : https://www.courdecassation.fr/agenda-evenementiel/loffice-du-juge-la-raison-et-ses-emotions. Pour un résumé, voir aussi : A. LACABARATS, « Cycle de conférences (Cour de cassation) : l'office du juge, la raison et ses émotions », *D.* 2022. 903).

366 K. ABRAMS et H. KEREN, Who's Afraid of Law and the Emotions, *loc. cit.* nbp nº 359, 1999-2000 ; C. RUET, « Droit, émotions et sentiments », *loc. cit.* nbp nº 357, p. 434-438.

367 E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », *loc. cit.* nbp nº 340, p. 5-9.

368 A. AMAYA et M. DEL MAR, New Horizons for the Study of the Legal Mind: Relating Virtue, Emotion and Imagination, *in* A. AMAYA et M. DEL MAR, *Virtue, Emotion and Imagination in Law and Legal Reasoning*, *op. cit.* nbp nº 343, p. 5 ; E. JEULAND, *La justice des émotions*, LGDJ, 2020 ; E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », *loc. cit.* nbp nº 340.

369 K. ABRAMS et H. KEREN, Who's Afraid of Law and the Emotions, *loc. cit.* nbp nº 359, 2043 ; J. A. SHAW, *Law and the Passions: Why Emotion Matters for Justice*, Routledge, p. 10-11. Les auteurs évoquent notamment les travaux d'Antonio Damasio, lequel a montré qu'une décision dépourvue d'émotion est aberrante : A. R. DAMASIO, *L'Erreur de Descartes : la raison des émotions*, Odile Jacob, 2008.

370 Voir, en ce sens : E. POSNER, Law and the Emotions, 89 Georgetown Law Journal 1977 (2001).

371 E. JEULAND, *La justice des émotions*, *op. cit.* nbp nº 368, p. 217 : « *l'émotion n'est pas forcément subjective, elle est irrépressible et involontaire au départ. Si le cadre procédural est bien fixé, elle est canalisée et utilisable dans le procès. D'une certaine façon elle est aussi objective que la perception, on peut d'ailleurs parler de raison émotionnelle* ».

372 R. A. PRENTICE, "Law &" Gratuitous Promises, *loc. cit. supra*, nbp nº 270, 918-923.

373 H. KEREN, Considering affective consideration, 40 Golden Gate U. L. Rev. 165 (2009-2010).

doctrine comme rares et insusceptibles d'être identifiés juridiquement, sont donc fréquents et rendus intelligibles par une meilleure prise en compte des émotions. De surcroît, peuvent être caractérisés des éléments objectifs permettant leur identification, et, ainsi, leur distinction des actes intéressés.

§2. L'IDENTIFICATION DES ACTES DE BIENFAISANCE

137. Il résulte des sciences économiques et des sciences sociales un consensus sur l'existence de deux situations dans lesquelles un acte bienfaisant peut être identifié : la relation d'affection entretenue par les parties et la philanthropie. Parmi les travaux récents consacrés à l'acte de bienfaisance et retenant son existence, de nombreux le recherchent dans deux types de situations. Certains distinguent entre les actes relevant de la socialité primaire et ceux qui s'inscrivent dans la socialité secondaire[374]. D'autres opposent les transferts intergénérationnels aux donations charitables[375], le don mécanique au don organisationnel[376]. D'autres enfin différencient au sein des motifs altruisme et collectivisme[377].

138. De toutes ces propositions s'infère une distinction entre gratuité relationnelle et gratuité philanthropique. L'acte peut être réalisé au profit d'une personne avec laquelle le concédant entretient une relation d'affection, un membre de sa famille, ami ou voisin. C'est la bienfaisance relationnelle. L'acte peut être motivé par une œuvre philanthropique que le concédant souhaite encourager, par exemple une activité caritative, éducative, sociale, humanitaire, ou sportive et bénéficier à une collectivité, ou à une personne anonyme[378]. Il relève de la bienfaisance philanthropique.

374 A. CAILLÉ, *Don, intérêt et désintéressement*, 2e édition, Le bord de l'eau, 2014, p. 202. Le don secondaire est « *massifié, impersonnel et anonyme* », cependant que le don primaire « *le don qui scelle l'alliance entre les personnes* » dans la « *sphère de l'existence sociale dans laquelle les relations entre les personnes prennent le pas sur les relations entre les fonctions et qui structure notamment les domaines de la famille, de l'amitié et du voisinage.* »

375 J. ELSTER, *Le désintéressement, op. cit.* nbp nº 316, p. 183 s.

376 P. STEINER, *Donner… Une histoire de l'altruisme*, PUF, 2016, p. 149 : « *Par analogie avec la solidarité mécanique dans laquelle les individus sont socialement et moralement semblables, il y a tout d'abord un altruisme quotidien vécu dans le cadre familial ou dans le monde de l'interconnaissance. La force du quotidien engendre une solidarité qui rattache les individus. Mais cela ne suffit pas à caractériser la société moderne puisque, à côté de ces relations primordial, s'élève le monde des organisations. Support de la différenciation sociale et d'un altruisme sociétal que Durkheim désignait par le terme de "charité collective organisée"* ».

377 C. D. BATSON, N. AHMAD, D. A. LISHNER et J.-A. TSANG, « Empathy and Altruism », *loc. cit.* nbp nº 324, p. 421.

378 Notons que le don anonyme est impossible selon la conception de Marcel Mauss, le don ayant nécessairement pour finalité d'entretenir la relation entre donneur et receveur. Voir ainsi, énonçant que « *le don, qui est un acte individuel, n'a rien à voir avec la solidarité* », cette dernière étant « *sous-tendue*

139. Cette dualité apparaît également dans la doctrine juridique. Les relations d'affection sont perçues par la doctrine comme le terrain privilégié des actes à titre gratuit. La représentation caractéristique de la donation est celle réalisée entre les membres du couple ou à destination des enfants, voire des petits-enfants. Les contrats de services gratuits sont qualifiés de « *contrats de l'ami* ». À compter du XX^e^ siècle, certains vont rechercher la cause des contrats à titre gratuit dans les relations entre les parties[379]. Les auteurs semblent donc retenir que la gratuité s'ancre habituellement dans une relation d'affection entre concédant et bénéficiaire.

140. Mais la bienfaisance philanthropique a toujours été perçue comme constituant une hypothèse particulière de gratuité. Elle apparaît dans l'article 910 du code civil, lequel régit la capacité de recevoir dans les libéralités réalisées au profit d'œuvres[380]. Les exégètes évoquent en conséquence les actes philanthropiques dans leur commentaire de cet article, sans contester leur qualification de libéralité. Ils mentionnent également, à propos de la condition de détermination du bénéficiaire, les libéralités adressées « *aux pauvres* ». À compter de la fin du XIX^e^ siècle, la doctrine vise encore la philanthropie dans son analyse des fondations. Certains auteurs désignent la catégorie des actes au profit d'une œuvre par les termes de libéralité avec affectation spéciale ou libéralité à caractère collectif. Les travaux les plus récents évoquent le terme de philanthropie. Il s'en infère une opposition entre bienfaisance relationnelle et bienfaisance philanthropique.

---

par l'idée d'une collectivité *dans laquelle les individus se doivent mutuellement une aide* » : D. THOUVENIN, « L'obtention des organes : le don comme finalité et le prélèvement comme modalité », *in* B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.) *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives, Actes du colloque pluridisciplinaire des 12 et 13 novembre 1998*, PUF, 1999, p. 96. Mais si la relation entre donneur et receveur est un élément essentiel de l'acte de gratuité relationnelle, elle n'existe pas dans la gratuité philanthropique. La transmission gratuite et anonyme d'éléments et produits du corps humain peut donc être qualifiée de don : Voir P. STEINER, *Donner*, *op. cit.* nbp n° 376, p. 175 et J. GODBOUT et A. CAILLÉ, *L'esprit du don*, *op. cit.* nbp n° 323, p. 80-81. Voir aussi, analysant le don d'éléments et produits du corps humain à travers le prisme de la solidarité : A.-B. CAIRE, « Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain », *RDSS* 2015, p. 865 ; J. SAVATIER, « Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui », *LPA* 14 décembre 1994, p. 11.

379 Voir ainsi, recherchant la cause de l'acte à titre gratuit dans les relations entretenues par les parties : J. HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 185, p. 369-371. *Adde*. : J. CHAMPEAUX, *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, J *op. cit.* nbp n° 199, p. 64 ; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, *op. cit.* nbp n° 241, n° 296. Voir encore, énonçant que « *l'affection du donateur envers le donataire constitue alors l'explication la plus naturelle* [de l'intention libérale]*, la cause du sacrifice qu'il consent* » (C. VERNIÈRES, « La philanthropie et le droit des successions », *loc. cit.* nbp n° 320, n° 9). Voir aussi : R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 2^e^ édition, tome 6, avec la collaboration de P. Voirin, Rousseau et cie, 1934, n° 43 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 3, 10^e^ édition, par L. Julliot de la Morandière, Dalloz, 1950, n° 1380.

380 Sur tous ces points, voir *infra*, Titre second, Chapitre second.

141. Ces éléments objectifs peuvent permettre de présumer que le concédant est motivé par la bienfaisance. Il est impossible d'établir avec certitude les motivations des parties. Celles-ci ne peuvent qu'être présumées à partir d'indices intrinsèques à l'acte, son contenu, et d'indices extrinsèques tels que la situation dans laquelle il a été réalisé, les relations des parties ou leurs déclarations. Il s'agit ainsi de déduire d'éléments connus, ces indices intrinsèques et extrinsèques, un élément inconnu, les motifs des parties[381]. Le jeu de la présomption a pour effet de tenir pour acquis un élément qui est, par définition, inconnu et impossible à établir. Les présomptions sont fréquemment liées à la normalité, à l'existence d'une corrélation statistique entre le fait connu et le fait inconnu[382]. Or, il nous paraît possible de présumer que tout acte objectivement désintéressé réalisé dans un de ces deux types de situations est motivé par la bienfaisance. Il s'agit ainsi de rechercher un motif subjectif, la bienfaisance, par l'appréhension d'éléments objectifs, le désintéressement et une situation associée à la bienfaisance, c'est-à-dire la relation d'affection ou l'affection de l'avantage à une œuvre philanthropique[383].

142. De plus, ce motif subjectif, la bienfaisance, nous paraît partagé par les parties. Celui qui reçoit un avantage d'une personne avec laquelle il entretient une relation d'affection sans fournir de contrepartie a la conscience et l'intention de bénéficier de la bienfaisance du concédant. De même, celui qui mène une œuvre de bienfaisance sait qu'il reçoit au titre de cette œuvre et pour sa réalisation. L'intention bienfaisante « *participe objectivement de la finalité profonde du contrat, de son économie*[384] ». Le motif bienfaisant constitue donc un motif partagé par les parties est susceptible d'être pris en compte dans la qualification du contrat de contrat à titre gratuit ou de contrat à titre onéreux.

143. Ces catégories ne sont pas limitatives, mais il n'y a, à notre connaissance, pas d'autre situation dans laquelle il peut être affirmé l'existence d'une intention bienfaisante. Aucun auteur n'énonce expressément que l'intégralité des actes bienfaisants relève de l'une ou l'autre des catégories. Cependant, aucun ne suggère d'exemple étranger à celles-ci. Elles semblent ainsi englober la grande majorité sinon la totalité des actes de bienfaisance. Des éléments objectifs

381 Article 1354 du code civil, alinéa 1er : « *La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve.* »

382 J. GHESTIN et H. BARBIER, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 5e édition, LGDJ-Lextenso, 2020, no 121 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit*. nbp no 1330, no 1927 ; E. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, *op. cit.* nbp n° 1345, no 235.

383 T. GENICON, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », *in* W. DROSS et T. FAVARIO (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & martin, 2014, p. 181 s., spéc. p. 219-220.

384 *Ibid*., p. 219.

permettent dès lors d'identifier un élément qui apparaît pourtant fuyant, l'intention bienfaisante. Ils rendent possible l'appréhension en droit de l'acte bienfaisant.

144. Conclusion du chapitre premier. La conception abstraite de la gratuité est historiquement située. Elle résulte d'une construction doctrinale par laquelle les auteurs se sont éloignés au moins de la lettre du code civil de 1804, sinon de son esprit. Le code civil de 1804, en adoptant le terme de contrat de bienfaisance plutôt que celui de contrat à titre gratuit, avait tranché en faveur de la conception bienfaisante de la gratuité. Les exégètes ont tiré les conséquences de ce choix sur les définitions du contrat à titre onéreux et du contrat de bienfaisance et sur la cause de l'engagement du concédant. La conception bienfaisante de la gratuité a par la suite été analysée et discutée dans la première moitié du XX^{e} siècle. Le renversement en faveur de la conception abstraite de la gratuité peut être daté du milieu du XX^{e} siècle. Il est donc relativement récent. Et il est d'autant plus remarquable qu'il s'est produit sur une période de temps très courte, sans donner lieu à des débats substantiels.

145. L'analyse des arguments retenus par la doctrine majoritaire à l'encontre de la conception bienfaisante de la gratuité révèle que les auteurs s'inscrivent dans une perspective axiologique déterminée. En effet, les auteurs retiennent que la gratuité bienfaisante constituerait une catégorie très réduite, d'une part, et impliquerait la recherche de motifs inaccessibles et changeants, d'autre part. Ils considèrent que la bienfaisance est rare et difficile à caractériser ou tout le moins à appréhender. La bienfaisance serait ainsi exceptionnelle, irrationnelle et donc inintelligible. Cette perspective ne doit pas surprendre : il s'agit de celle qui imprègne les principaux manuels de droit civil. Il est toutefois possible de se placer dans un autre cadre de pensée. Dès lors que l'on estime que l'être humain est susceptible d'agir pour le bien d'autrui, non pas de manière exceptionnelle mais quotidiennement, la bienfaisance est fréquente. Et si l'on considère que tout acte repose autant sur les émotions que sur la raison, la compassion qui motive l'acte de bienfaisant le rend tout aussi intelligible qu'un acte intéressé considéré à tort comme exclusivement rationnel. Dès lors, il peut être soutenu que l'acte bienfaisant existe et peut être juridiquement appréhendé. Il s'agit d'examiner les sources jurisprudentielles et doctrinales d'un œil neuf et de s'interroger sur la capacité de la conception abstraite à rendre compte du droit positif.

CHAPITRE SECOND
LA PRISE EN COMPTE DES MOTIFS DE L'ENGAGEMENT DÉPOURVU DE CONTREPARTIE ÉQUIVALENTE

146. Dans le cadre de notre défense de la conception bienfaisante de la gratuité, nous entendons démontrer que les motifs des parties, et tout particulièrement du concédant, peuvent être pris en compte par le droit. Nous préconisons un retour à la conception bienfaisante de la gratuité, abandonnée dans la seconde moitié du XX^e^ siècle, au détriment de la conception abstraite. Selon cette distinction entre conceptions, développée notamment dans l'introduction[385], la gratuité peut être perçue soit comme l'acte par lequel une personne, le concédant, fournit simplement un avantage sans contrepartie au bénéficiaire, soit, de manière plus exigeante, comme l'acte dans lequel une personne fournit un avantage désintéressé, dans l'intention bienfaisante de préférer autrui à lui-même. Selon la première conception, dite abstraite, la « gratuité » intéressée relève de la gratuité. Selon la seconde, dite bienfaisante, la poursuite par le concédant de son intérêt exclut la gratuité. Notre défense de la conception bienfaisante de la gratuité est fondée sur deux idées principales. D'une part, rattacher des actes intéressés à la gratuité dilue la portée symbolique de celle-ci, et occulte, en droit, l'existence des actes bienfaisants. D'autre part, le régime de la gratuité n'est ni pensé pour, ni adapté aux actes intéressés. En résumé, il existe une différence fondamentale entre « gratuité » intéressée et gratuité bienfaisante, de sorte que leur réunion sous le chef d'une seule catégorie est, au mieux, inutile, au pire, source de complexité et de confusion.

147. L'adhésion de la doctrine majoritaire à la conception abstraite de la gratuité est explicable, au moins partiellement, par une hostilité à la prise en compte des motifs en droit, ceux-ci étant perçus comme fluctuants et inaccessibles. La conception abstraite et la conception bienfaisante s'opposent sur la prise en compte des motifs. La conception abstraite repose sur un rejet de la prise en compte des motifs, cependant que l'existence de motifs bienfaisants est caractéristique de la définition bienfaisante de la gratuité.

148. Encore faut-il préciser ce que l'on entend par la prise en compte des motifs. Il ne s'agit pas, à proprement parler, de rechercher les motifs subjectifs purs, de sonder la psychologie des parties, de rechercher leurs mobiles spécifiques. Les motifs pris en compte

385 Voir *supra*, n^os^ 9-10.

sont, pour ainsi dire, typiques, et relèvent de deux catégories : la poursuite de son propre intérêt, d'une part, la bienfaisance, d'autre part. En d'autres termes, lorsqu'un père consent une donation de somme d'argent à son fils, la prise en compte des motifs dont nous défendons l'existence ne s'étend pas à rechercher si cette donation a pour finalité de permettre au fils de s'établir professionnellement, d'héberger dignement sa famille, ou même de priver un autre enfant de la possibilité d'hériter de cette somme. Il s'agit de se borner à constater que le transfert de somme d'argent a pour finalité de procurer un avantage au fils que le père préfère à lui-même, et non pour ce dernier de poursuivre l'obtention d'un avantage personnel.

149. De plus, la subjectivité du motif pris en compte est tempérée par la délimitation des éléments objectifs permettant d'en présumer l'existence. En d'autres termes, la caractérisation des motifs ne relève pas de la totale subjectivité de l'analyste, le plus souvent du juge. Elle est encadrée par la caractérisation d'éléments objectifs susceptibles de laisser présumer l'existence de motifs soit intéressés, soit bienfaisants. L'existence d'un avantage actuel ou éventuel reçu par le concédant, y compris extérieur à l'acte, permet de supposer que ses motifs sont intéressés. Au contraire, la caractérisation de certaines situations permet de supposer l'existence de motifs bienfaisants : l'existence d'une relation d'affection entre les parties, d'une part, et l'affectation de l'avantage à une œuvre philanthropique, d'autre part. Il s'agit dès lors de prendre en compte les motifs subjectifs que des éléments objectifs permettent de présumer.

150. Nous nous bornerons à mettre en évidence qu'en matière d'acte sans contrepartie la jurisprudence et la doctrine admettent la prise en compte des motifs pour l'application de certaines règles. Il ne s'agit pas de revisiter dans son entièreté la question de la place des motifs en droit, ou même en droit des contrats. Celle-ci a en effet fait l'objet d'analyses substantielles. Nombre de règles du droit des contrats s'y rattachent, et notamment le contrôle de l'existence de la cause, de l'erreur sur la cause, de la licéité de la cause, devenus le contrôle de l'existence de la contrepartie, de l'erreur sur les motifs et de la licéité du contenu du contrat[386]. Sur le point précis de l'existence de la cause, la prise en compte des motifs se rattache, également, à la subjectivisation de la cause[387], à la caducité du contrat pour disparition du motif[388] et aux ensembles contractuels[389]. L'étude de la prise en compte des motifs dans l'ensemble de ces mécanismes dépasse de loin le cadre de ce travail. Nous nous intéresserons

386 F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil : les obligations*, 13e édition, Dalloz, 2022, nos 287-288 (erreur sur les motifs), 506-507 et 522-527 (illicéité).
387 *Ibid.*, no 411.
388 *Ibid.*, no 592.
389 Sur lesquels voir *infra*, no 373.

exclusivement aux contrats par lesquels une personne s'engage sans recevoir de contrepartie, ou alors une contrepartie dérisoire au regard de l'avantage qu'elle procure et nous nous limiterons à examiner trois points qui nous paraissent significatifs.

151. Les motifs sont déterminants, en jurisprudence, pour qualifier un acte de donation, d'acte à titre gratuit, ou d'acte bénévole. Malgré l'adoption de la conception abstraite de la gratuité par la doctrine majoritaire, et sa consécration dans le code civil par l'ordonnance de réforme du droit des contrats du 10 février 2016, la Cour de cassation ne se contente pas, pour qualifier un contrat de contrat à titre gratuit, du seul constat de l'existence d'un avantage sans contrepartie[390]. Elle exige des juges du fond qu'ils recherchent des éléments autres que l'avantage. En matière de qualification de la donation notamment, elle exige que les cours d'appel caractérisent des éléments permettant de présumer la nature des motifs, intéressés ou bienfaisants, animant le concédant[391].

152. En outre, les motifs étaient déterminants, en jurisprudence, dans l'exercice du contrôle de l'existence de la cause. Il ne s'agit pas, ici encore, de restituer l'intégralité des discussions doctrinales et des solutions jurisprudentielles relatives à la cause. Nous nous intéresserons à un petit nombre d'arrêts relatifs au contrôle de l'existence de la cause dans des contrats dans lesquels l'engagement d'une partie ne fait pas l'objet d'une contrepartie équivalente, soit que toute contrepartie soit absente, soit que la contrepartie soit dérisoire. Dans ces arrêts, rendus avant l'ordonnance de réforme du droit des contrats, la Cour de cassation ne recherchait pas la cause dans la contrepartie absente ou dérisoire. Elle admettait l'existence de la cause si des éléments extérieurs à l'acte permettaient d'établir que le concédant en attendait un avantage[392]. La cause pouvait donc résider dans les motifs intéressés ou bienfaisants du concédant, tels qu'établis par des éléments extérieurs à l'acte. Nous proposons d'analyser cette jurisprudence comme l'exercice, par l'intermédiaire du contrôle de l'existence de la cause, d'un contrôle de l'intelligibilité de l'engagement des parties, et spécifiquement de l'engagement du concédant. Ces arrêts expriment l'idée que seul l'acte intelligible, socialement compréhensible, peut être doté de la force obligatoire, et que, corrélativement, tout acte intelligible est susceptible d'être doté de cette force obligatoire[393]. Nous défendrons que dans le cas du contrat par lequel une personne s'engage sans recevoir de contrepartie équivalente, le contrôle de l'existence des motifs bienfaisants ou intéressés, qui constitue un contrôle de l'intelligibilité de

390 Voir *infra*, n^os^ 160-185.
391 *Ibid.*
392 Voir *infra*, n^os^ 197-201.
393 Voir *infra*, n^os^ 204-208.

l'engagement du concédant, doit demeurer[394]. Seul l'acte rendu socialement compréhensible par le constat d'éléments objectifs permettant de supposer les motifs des parties est intelligible et doit bénéficier de la force obligatoire du contrat.

153. Enfin, les motifs sont déterminants, en doctrine, dans la justification et dans l'application des règles composant le régime de la gratuité. Nous désignerons par « *régime de la gratuité* » l'ensemble des règles qui s'appliquent aux contrats à titre gratuit et non aux contrats à titre onéreux. Il s'agit à la fois des règles dont le champ d'application est défini comme la catégorie des contrats à titre gratuit ou des actes à titre gratuit, et des règles qui s'appliquent à la donation mais non à la vente, au prêt à usage mais non au bail, et aux prêt de consommation, mandat, dépôt gratuits mais non à leur équivalent à titre onéreux. Nous soutenons, de manière générale, qu'il existe une différence fondamentale entre contrat bienfaisant et contrat intéressé, et que cette différence doit se refléter dans l'application d'un régime distinct. En d'autres termes, l'acte de « gratuité » intéressée ne doit pas être soumis aux règles applicables aux contrats à titre gratuit. Cette affirmation se retrouve et se concrétise sous la plume des auteurs lorsqu'ils examinent le régime de la gratuité. Il est nécessaire de prendre en compte les motifs du concédant pour déterminer le régime applicable au contrat.

154. Plan. Les juges recherchent donc l'existence de motifs bienfaisants et l'absence de motifs intéressés pour retenir la qualification d'acte à titre gratuit (section I). De même, ils s'intéressent aux motifs, bienfaisants ou intéressés, dans l'exercice du contrôle de l'existence de la cause (section II). Et les motifs sont encore déterminants dans les justifications du régime de la gratuité (section III).

394 Voir *infra*, n^{os} 217-225.

Section I
Motifs et qualification de l’acte comportant un engagement dépourvu de contrepartie équivalente
Section II
Motifs et validité du contrat comportant un engagement dépourvu de contrepartie équivalente
Section III
Motifs et régime de l’acte comportant un engagement dépourvu de contrepartie équivalente

SECTION I
MOTIFS ET QUALIFICATION DE L’ACTE COMPORTANT UN ENGAGEMENT DÉPOURVU DE CONTREPARTIE ÉQUIVALENTE

155. L’hostilité du discours doctrinal quant à la prise en compte des motifs tranche avec le constat de cette prise en compte par la Cour de cassation pour la qualification de la donation et de l’acte à titre gratuit. De nombreux auteurs rejettent la prise en compte des motifs dans la qualification contractuelle, ce qui contribue à expliquer la préférence pour la conception abstraite de la gratuité. Cette hostilité ne se retrouve pas dans la jurisprudence. Si les juges du fond apprécient souverainement les éléments permettant de qualifier un contrat à titre gratuit, le contrôle exercé par la Cour de cassation sur les éléments propres à établir cette qualification fait ressortir que les juges doivent relever des éléments objectifs susceptibles de les renseigner sur les motifs du concédant. Plus précisément, seuls les éléments propres à établir l’existence d’un motif bienfaisant permettent de qualifier un acte de donation. La qualification de donation, ainsi que celle d’acte à titre gratuit ou d’acte bénévole, paraît également incompatible avec la poursuite d’un intérêt personnel extérieur à l’acte par le concédant. Les motifs sont ainsi déterminants, en jurisprudence, pour la qualification de donation, d'acte à titre gratuit ou d'acte bénévole. Plus généralement, la Cour de cassation témoigne, par cette jurisprudence, d’une faveur pour la conception bienfaisante de la gratuité.

156. Plan. La qualification de donation requiert que soit établi un élément objectif permettant de présumer l’existence de motifs bienfaisants (§1.), et le constat d’éléments révélant que le concédant poursuit un motif intéressé exclut la qualification d’acte à titre gratuit et d’acte bénévole (§2.).

§1. La recherche des motifs bienfaisants dans la qualification de la donation
§2. L'exclusion du caractère gratuit ou bénévole de certains actes intéressé

§1. LA RECHERCHE DES MOTIFS BIENFAISANTS DANS LA QUALIFICATION DE LA DONATION

157. Il résulte de la jurisprudence que l'intention libérale n'est pas constituée par la seule intention de procurer un avantage sans recevoir de contrepartie mais réside dans la bienfaisance. Aux termes de l'article 894 du code civil, la donation est définie comme « *un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte* ». La qualification de donation repose sur deux éléments : un élément matériel et un élément moral ou intentionnel, l'intention libérale[395]. La conception abstraite et la conception bienfaisante de la gratuité s'opposent sur la définition de l'intention libérale. Selon la conception bienfaisante, l'intention libérale réside dans les motifs bienfaisants. Ceux-ci peuvent être présumés par la constatation d'une relation d'affection entre les parties ou de l'affectation de l'avantage procuré à une œuvre philanthropique. Les tenants de la conception abstraite retiennent que l'intention libérale n'est que l'intention de procurer un avantage à autrui. Ils excluent toute recherche des motifs des parties au contrat. Certains énoncent que leur position est conforme au droit positif[396]. Mais cette affirmation ne résiste pas, selon nous, à l'examen de la jurisprudence.

158. Nous verrons que si l'appréciation de l'intention libérale relève du pouvoir souverain des juges du fond, le contrôle des motifs propres à l'établir révèle qu'elle doit être recherchée dans les situations permettant de présumer la bienfaisance.

159. Plan. La Cour de cassation interdit aux juges du fond de déduire l'intention libérale du seul élément matériel : elle censure le défaut de base légale consistant dans l'absence de motifs propres à établir l'intention libérale (A.). La Cour de cassation indique donc quels motifs sont, à son sens, propres à établir l'intention libérale[397]. Il en ressort que le seul constat de l'existence d'un déséquilibre entre les prestations, d'un avantage volontairement fourni par une partie à l'autre, est insuffisant pour établir l'intention libérale. Sont propres à établir l'intention libérale

395 Voir par exemple : Civ. 1re, 29 septembre 2004, no 03-10.859, inédit ; Civ. 1re, 24 juin 2015, nos 14-12.427 et 14-16.291, inédit.

396 Voir notamment : J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, Armand Colin, 1982, no 40 ; J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955, no 74.

397 M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER et J. BUK LAMENT, *La technique de cassation : pourvois et arrêts en matière civile*, 9e édition, Dalloz, 2018, p. 132-136, note 1 p. 133 et p. 194-198.

des éléments relevant des situations permettant de présumer la bienfaisance : l'existence d'une relation d'affection entre les parties ou celle d'une œuvre philanthropique à laquelle est affecté l'avantage procuré (B.).

A. L'interdiction de déduire l'intention libérale de l'élément matériel
B. Les éléments propres à établir l'intention libérale

A. L'INTERDICTION DE DÉDUIRE L'INTENTION LIBÉRALE DE L'ÉLÉMENT MATÉRIEL

160. La Cour de cassation retient que prive sa décision de base légale la cour d'appel qui qualifie un contrat de donation sans rechercher l'intention libérale. La Cour de cassation insiste sur la nécessité pour les juges du fond de caractériser l'intention libérale, cassant toute décision par laquelle les juges se seraient contentés de relever le déséquilibre des prestations réciproques[398]. La donation ne peut être réduite à son élément matériel.

161. Surtout, la Cour de cassation censure les arrêts dans lesquels l'intention libérale est déduite du seul élément matériel. La Cour de cassation ne se satisfait pas pour autant de la seule mention formelle de l'existence de l'intention libérale. Même si les cours d'appel apprécient souverainement l'intention libérale, elles doivent motiver leur décision en relevant des éléments propres à l'établir. En particulier, elles ne peuvent déduire l'existence de l'intention libérale du seul élément matériel[399]. Il en résulte, implicitement mais nécessairement,

398 Voir par exemple : Civ. 1re, 2 mars 1966, *Bull. civ.* I, no 153 ; Civ. 1re, 4 novembre 1981, no 80-12.255, *Bull. civ.* I, no 329 ; Civ. 1re, 19 mars 2014, no 13-14.795, *Bull. civ.* I, no 42 ; *RLDC* mai 2014, p. 51, note C. CAMPELS ; Civ. 1re, 21 octobre 2015, no 14-24.847, *Bull. civ.* I, no 366 ; *AJ fam.* 2015, p. 686, obs. J. CASEY ; *JCP N* 2016, p. 1005, comm. F. COLLARD ; Civ. 1re, 10 février 2021, no 19-20.026, inédit. Voir, retenant déjà que « *la volonté de donner ou de léguer est de l'essence des dispositions à titre gratuit* » : Req. 27 juin 1887, *Epoux Lelédy c. consorts Poisson-Milon*, *DP* 1888. 1. 303.

399 Voir par exemple : Civ. 1re, 14 février 1989, no 87-14.205, *Bull. civ.* I, no 79 ; *RTD civ.* 1989, p. 799, obs. J. PATARIN ; *Défrénois* 1992, art. 35192, p. 181, note A. CHAPPERT ; Civ. 1re, 8 juillet 2010, no 09-12.491, *Bull. civ.* I, no 170 ; *AJ fam.* 2010, p. 445, obs. F. BICHERON ; *RTD civ.* 2011, p. 167, obs. M. GRIMALDI ; *Defrénois* 2011, p. 703, obs. B. VAREILLE ; Civ. 1re, 4 mai 2017, no 16-16.934, inédit ; Civ. 1re, 19 décembre 2018, no 18-10.234, inédit.
Certes, par certains arrêts la Cour de cassation rejette des pourvois dirigés contre des arrêts qui semblent avoir déduits l'intention libérale de l'élément matériel. Voir par exemple : Com., 11 mars 2014, no 13-10.376, inédit ; Civ. 1re, 8 juillet 2010, no 09-13.991, inédit ; Civ. 1re, 1er février 2017, no 16-14.323, *Bull. civ.* I, no 33 ; *Gaz. Pal.* 14 mars 2017, p. 24, obs. S. PIÉDELIÈVRE ; *Dr. famille* 2017, comm. 86, comm. M. NICOD ; *Gaz. Pal*. 4 juillet 2017, p. 85, obs. A.-L. CASADO ; *Gaz. Pal.* 5 septembre 2017, p. 56, obs. O. VERGARA. Mais les moyens donnant lieu à de tels arrêts ne font habituellement pas valoir devant la Cour de cassation que la cour d'appel aurait déduit l'intention libérale de l'élément matériel. La portée de ces arrêts quant à l'exigence de caractérisation de l'intention libérale est donc limitée. Des auteurs retiennent ainsi qu'ils brouillent la position de la Cour de cassation : P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, 6e édition, LGDJ-Lextenso, 2015, no 37.

que les juges du fond ne peuvent pas se contenter de relever l'existence d'un avantage consenti par une partie à une autre, d'une part, et d'un contrat, impliquant une volonté des deux parties, d'autre part, pour caractériser l'intention libérale. Celle-ci doit être recherchée dans des éléments autres que la simple volonté de conclure un contrat déséquilibré.

B. LES ÉLÉMENTS PROPRES À ÉTABLIR L'INTENTION LIBÉRALE

162. La jurisprudence de la Cour de cassation indique les éléments propres à établir l'intention libérale. La Cour de cassation rappelle dans ses décisions les motifs retenus par les juges du fond permettant d'établir l'intention libérale. Certes, les juges du fond disposant d'un pouvoir souverain d'appréciation, la Cour de cassation n'adopte pas ces motifs[400]. Mais elle contrôle la motivation des juges du fond, et en particulier vérifie qu'ils ont retenu des éléments propres à établir l'intention libérale. Les éléments des juges du fond rappelés par la Cour de cassation sont ceux qu'elle estime propres à établir ou à écarter l'intention libérale. L'étude de la jurisprudence révèle que les éléments propres à établir l'intention libérale sont les motifs concrets du concédant, tels que mis en évidence par la relation d'affection entretenue avec le bénéficiaire ou l'affectation à une œuvre philanthropique[401].

Enfin, la Cour de cassation a employé une formule qui pourrait laisser croire qu'elle assimile intention libérale et simple intention de procurer un avantage. L'affaire avait trait à la preuve d'un don manuel par chèque, après avoir rappelé qu'un tel don « *suppose la volonté du tireur de se dessaisir de manière irrévocable* », la Cour de cassation retient que la cour d'appel aurait dû rechercher « *l'intention libérale du* [tireur], *contestée par* [un de ses fils] *qui soutenait, sans être contredit, que* [le bénéficiaire] *avait lui-même porté la somme de 100 000 euros sur le chèque litigieux* » (Civ. 1re, 4 juillet 2018, nos 17-16.515 et 17-16.522, *Bull. civ.* I, no 703). Mais il ne nous semble s'agir que d'une formulation malheureuse, sans incidence sur les éléments propres à caractériser l'intention libérale. L'arrêt est isolé, les arrêts relatifs au don manuel désignant habituellement l'intention de procurer un avantage par le terme de dessaisissement irrévocable (voir par exemple : Civ. 1re, 20 novembre 1984, no 83-12.510, *Bull. civ.* I, no 301 ; Mixte, 21 décembre 2007, no 06-12.769, *Bull. mixte*, no 13). En toute hypothèse, dès lors que la cour d'appel avait relevé le lien de parenté entre tireur et bénéficiaire du chèque, elle avait caractérisé des éléments propres à établir l'intention libérale.

400 M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER et J. BUK LAMENT, *La technique de cassation, op. cit.* nbp no 397, p. 134.

401 Voir cependant : Civ. 1re, 21 octobre 2015, no 14-24.926, *Bull. civ.* I, no 396 ; *AJ fam.* 2015. 686, obs. J. CASEY ; *RLDC* janvier 2016, p. 58, obs. V. ZALEWSKI-SICARD ; *JCP N* 2016, p. 1005, note F. COLLARD. La Cour de cassation semble admettre qu'étaient propres à établir l'intention libérale « *la sous-évaluation systématique du montant des transactions intervenues entre les parties et le caractère occulte des avantages ainsi consentis* » car ils « *démontraient la volonté manifeste des époux X… de gratifier leur fille* ». Mais cet arrêt est isolé et a été rendu dans une affaire où l'intention libérale pouvait être présumée du fait des relations entre les parties.

163. Plan. La jurisprudence révèle que l'intention libérale est établie lorsque l'acte s'inscrit dans une relation d'affection entre concédant et bénéficiaire (1.) ou qu'il constitue une contribution du concédant à une œuvre philanthropique (2.).

1. La relation d'affection entre concédant et bénéficiaire
2. L'affectation à une œuvre philanthropique

1. La relation d'affection entre concédant et bénéficiaire

164. Les motifs bienfaisants du donateur sont propres à établir son intention libérale. Pour juger suffisamment motivées les décisions retenant l'intention libérale, la Cour de cassation relève ainsi que les cours d'appel ont constaté qu'un concubin avait agi « *dans le but de dégager sa compagne d'une dette envers son ex-mari et de lui permettre de bénéficier en toute sécurité d'un logement avec l'enfant issu de leur union*[402] », ou qu'un parent gratifiant son enfant « *avait pour finalité d'améliorer sa situation et de lui assurer un plus grand confort*[403] », ou de l'avantager en l'établissant professionnellement[404]. Il peut encore s'agir de la volonté d'un oncle de « *faire plaisir* » à son neveu[405].

165. Au contraire, la preuve de motifs autres que l'intention bienfaisante permet d'écarter l'intention libérale. En particulier, la volonté de rétablir un équilibre qui aurait été rompu par le passé peut exclure l'intention libérale. Ainsi, un ensemble d'arrêts relèvent que l'intention de l'époux d'avantager son épouse en contrepartie des sacrifices consentis au cours de leur vie commune excluait l'intention libérale[406]. De même, la volonté d'un parent de rétablir l'équilibre entre ses enfants, rompu par de précédentes donations, permet d'écarter l'intention

402 Civ. 1re, 20 janvier 2010, no 08-13.400, *Bull. civ.* I, no 14 ; *Dr. famille* 2010, comm. 35, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *BJS* 2010, p. 448, obs. J. VALLANSAN ; *Defrénois* 2010, p. 1361, obs. J. MASSIP.

403 Civ. 1re, 24 février 2016, no 15-12.790, inédit. Mais cet arrêt peut également être interprété comme étant relatif à l'élément matériel de la donation et non à son élément intentionnel, la Cour de cassation retenant que la cour d'appel a justifié sa décision en relevant « *que les remises de fonds n'étaient pas destinées à assurer le respect par ses parents de leur obligation alimentaire et avaient pour finalité d'améliorer sa situation et de lui assurer un plus grand confort, ce qui démontrait une volonté libérale de leur part à son égard* ».

404 Civ. 1re, 17 mai 2017, no 16-12.310, inédit.

405 Civ. 1re, 6 janvier 1969, *Bull. civ.* I, no 8.

406 Civ. 1re, 19 mai 1976, no 75-10.558, *Bull. civ.* I, no 183 ; Civ. 1re, 10 juillet 1979, *Defrénois* 1980, art. 32174, p. 132, note A. PONSARD ; *RTD civ.* 1981, p. 426, obs. J. PATARIN ; Civ. 1re, 20 mai 1981, no 80-11.544, *Bull. civ.* I, no 175 ; Civ. 1re, 28 février 1984, no 83-10.310, *Bull. civ.* I, no 78 ; *Defrénois* 1985, art. 33501, p. 521, note A. BRETON ; Civ. 1re, 9 novembre 1993, no 91-22.059, *Bull. civ.* I, no 317 ; *Defrénois* 1994, art. 35761, p. 443, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ*. 1994, p. 595, obs. J. MESTRE ; *RTD civ*. 1994, p. 662, obs. J. PATARIN.

libérale[407]. L'intention de se libérer de la charge que constituerait la gestion des biens de la succession écarte également l'intention libérale[408].

166. L'existence d'une relation familiale entre concédant et bénéficiaire est propre à établir l'intention libérale. Le lien de filiation entre donateur et donataire est propre à établir l'intention libérale[409]. Le fait qu'un parent ait vécu[410] ou travaillé[411] de longues années avec l'un ou plusieurs de ses enfants corrobore l'indice résultant de ce lien. Il en va de même de la qualité de jeune épouse du donataire[412], de concubin d'une donataire sans emploi ou de mère des deux enfants du donateur[413]. Si le lien entre tante et neveu pourrait apparaître trop distendu pour caractériser à lui seul l'intention libérale, le fait que la donatrice ait cohabité pendant plusieurs années avec son neveu est propre à l'établir[414].

167. Au contraire, l'absence de lien de famille ou d'affection permet d'écarter l'intention libérale. Ainsi, Justifie sa décision la cour d'appel qui « *après avoir relevé que, malgré ses dénégations, M. B... Y... contestait tout lien entre l'opération de construction et la donation dont il a bénéficié* […] *retient* […]*que Mme X..., avec laquelle il n'avait aucun lien, personnel ni de parenté, n'avait jamais manifesté l'intention de le gratifier d'une quelconque libéralité et que la cession à son profit du terrain dont elle était propriétaire n'était en réalité que la contrepartie de la prestation qu'il s'était engagé à réaliser*[415] ». La mésentente entre une mère et sa fille

---

407 Civ. 1re, 3 février 1969, nº 67-12.667, *Bull. civ.* I, nº 54 ; Civ. 1re, 10 juin 2015, nº 14-15.254, inédit. Ou l'égalité entre la mère, donatrice, et sa fille, bénéficiaire : Civ. 1re, 17 mai 2017, nº 16-17.318, inédit.

408 Civ. 1re, 5 mars 1962, *Bull. civ.* I, nº 133. Dans cette affaire, une femme était décédée en laissant sa mère pour lui succéder en qualité d'héritière réservataire. La mère avait par la suite renoncé à la succession. La renonciation profitait à deux des sœurs de la défunte, désignées par elle légataires universelles. Sont propres à écarter la qualification de donation indirecte les motifs selon lesquels l'autrice de la renonciation, âgée « *de 82 ans, avait toujours eu ses moyens d'existence suffisamment assurés, et n'entendait pas être astreinte à la gestion de biens étrangers à sa famille, qu'elle voulait se libérer de toute charge* ».

409 Com., 7 mars 2018, nº 16-26.690, inédit ; Civ. 1re, 8 juillet 2020, nº 18-24.726, inédit ; Civ. 1re, 27 janvier 2021, nº 19-17.793, inédit. Voir aussi, en droit fiscal, relevant la volonté manifeste des cédants « *de favoriser* [le cessionnaire, fils et frère des cédants] *au détriment d'autres membres de la famille* » : Com., 7 juillet 2021, n° 19-16.446, inédit ; *Dr. famille* 2021, comm. 156, comm. M. NICOD. Voir aussi, en matière de qualification au sens du droit fiscal, relevant que la qualification de donation résulte du constat que la cession de parts sociales a été accomplie au prix de un euro chacune, bien inférieur à leur valeur vénale, et de la volonté manifeste des cédants « *de favoriser* [le cessionnaire, fils et frère des cédants] *au détriment d'autres membres de la famille* » : Com., 7 juillet 2021, n° 19-16.446, inédit ; *Dr. famille* 2021, comm. 156, comm. M. NICOD.

410 Civ. 1re, 4 mars 2015, nº 13-27.701, inédit.

411 Civ. 1re, 7 décembre 2016, nº 15-28.154, inédit.

412 Civ. 1re, 12 mai 1970, nº 69-10.561, *Bull. civ.* I, nº 159.

413 Civ. 1re, 2 avril 2014, nº 13-11.025, inédit.

414 Civ. 1re, 7 avril 1976, nº 74-12.883, *Bull. civ.* I, nº 144.

415 Civ. 1re, 25 février 2009, nº 08-11.218, inédit.
Voir aussi, écartant l'intention libérale au profit de la volonté de frauder les droits du preneur à bail rural : Civ. 3e, 15 avril 2021, nº 20-15.334, inédit. L'arrêt relève principalement l'animosité de la donatrice

caractérise l'absence d'intention libérale[416]. L'existence d'une relation d'affection entre concédant et bénéficiaire laisse présumer une intention bienfaisante et constitue dès lors un élément propre à établir l'intention libérale.

2. L'affectation à une œuvre philanthropique

168. Il ressort de la jurisprudence dite « de l'intérêt moral » que l'affectation à une œuvre philanthropique et la satisfaction de l'accomplir sont compatibles avec l'intention libérale et que la poursuite d'un motif autre que la contribution à la réalisation de l'œuvre philanthropique écarte la gratuité. La doctrine a estimé que dans un ensemble d'arrêts rendus à compter de la seconde moitié du XIX^e^ siècle, la Cour de cassation avait retenu une conception exigeante de la gratuité[417]. La Cour de cassation a admis, dans certains arrêts, que l'intérêt moral retiré par le disposant pouvait exclure la qualification de donation. Certains auteurs en ont déduit que la simple satisfaction de donner pourrait écarter l'intention libérale. La grande majorité de ces arrêts ont pour objet des actes de gratuité philanthropique[418]. Il en ressort, selon nous, que la seule intention de contribuer à l'accomplissement de l'œuvre philanthropique constitue l'intention libérale, cependant que la poursuite d'un autre motif l'écarte.

---

alléguée à l'égard du preneur, ce qui permet d'établir l'intention de frauder les droits de ce dernier. Mais la Cour de cassation note que la cour d'appel a constaté que le donataire allégué était inconnu de la donatrice : la cour d'appel a « *retenu qu'il existait un contexte belliqueux entre les parties, objectivé par des procédures judiciaires et des rapports inamicaux et en a souverainement déduit, sans être tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, que, dans ce contexte, la donation avec charge à des personnes inconnues relevait, non de l'intention libérale, mais d'une manœuvre frauduleuse dans le but de contourner le droit de préemption des preneurs* ».

416 Civ. 1re, 25 mai 2016, n° 15-16.160, *Bull. civ.* I, n° 117 ; *JCP N* 2016, p. 1277, note M. NICOD ; *JCP N* 2017, p. 1003, chron. F. FRULEUX et F. SAUVAGE. La mère avait réalisé une donation-partage au profit de ses trois enfants. Elle avait ensuite renoncé au droit d'usage et d'habitation dans l'immeuble attribué à l'une de ses filles. Lors de la liquidation et du partage de la succession de la mère, les deux autres enfants alléguèrent que la renonciation au droit d'usage et d'habitation constituait une libéralité révocable. Le moyen, alléguant une violation du principe du contradictoire, est rejeté par la Cour de cassation qui estime « *qu'étant saisie de la question de savoir si la renonciation au droit d'usage et d'habitation était constitutive d'une libéralité, il appartenait à la cour d'appel d'apprécier si Eugénie X... avait voulu gratifier Mme Monique Y... ; que, dès lors, c'est sans méconnaître le principe de la contradiction qu'après avoir relevé que l'abandon par Eugénie X… de son droit d'usage et d'habitation était consécutif à une mésentente avec sa fille, la cour d'appel en a déduit l'absence d'intention libérale* ».

417 Voir *supra*, n° 78.

418 Seuls deux arrêts ne peuvent être examinés à travers ce prisme : Req. 12 novembre 1867, *Thomas c. Miquelard*, *D.* 1869. 1. 528, *S.* 1868.1.35 ; Req. 21 décembre 1869, *Théron c. Satgé*, *D.* 1870. 1. 308, *S.* 1870. 1. 130. Leurs faits sont similaires : une mère effectue un acte de disposition en faveur de sa fille à la condition qu'elle renonce à son droit de critiquer les comptes de tutelle dans le premier arrêt, qu'elle les ratifie dans le second. La Cour qualifie ces deux actes d'onéreux. Cette qualification repose selon nous non sur l'examen de l'intention des mères, mais sur l'existence d'une véritable contrepartie au transfert réalisé, la renonciation ou la ratification.

169. L'existence d'un motif autre que la satisfaction de contribuer à la réalisation de l'œuvre écarte l'intention libérale. Dans l'affaire *Bardet* ayant donné lieu à un arrêt rendu en 1863, la donation d'un millionnaire pour la refonte d'une cloche a été requalifiée en contrat à titre onéreux, au motif que son auteur n'avait consenti à la donation « *qu'en imposant à la fabrique des conditions onéreuses, dans le but unique de satisfaire son caprice, sa fantaisie ou sa vanité*[419] ». Bardet n'avait pas pour motif la satisfaction de participer à la reconstruction de l'église, mais l'intention bien spécifique de bénéficier d'un son de cloche similaire à celui de son enfance. Dans une affaire *Lapeyre*, l'intention libérale du contributeur à un projet de construction d'un jeu de paume et d'une rampe d'accès à une église a été écartée au motif que le contributeur était motivé par la réalisation de plus-value sur ses propriétés et non par la recherche du plaisir provoqué par la jouissance du jeu de paume et de l'accès à l'église[420].

170. L'affectation à la réalisation d'une œuvre et la simple satisfaction de contribuer à la réalisation de l'œuvre sont compatibles avec l'intention libérale. L'affectation est compatible avec l'intention libérale. La Cour de cassation s'est ainsi prononcée au sujet des offres de concours, ces actes par lesquels notamment des personnes physiques financent l'accomplissements de travaux publics ou le fonctionnement d'un service public[421]. Elle a retenu que « *la condition d'un emploi déterminé de la chose donnée ne change pas la nature du contrat et n'empêche pas qu'il n'y ait donation si cet emploi n'est pas prescrit en vue d'un avantage équivalent* », et ce, « *particulièrement lorsqu'il s'agit d'une disposition faite en faveur d'un établissement public et que l'emploi est conforme au but pour lequel cet établissement a été institué*[422] ». De même, la Cour de cassation a jugé que les apports à une association n'étaient

419 Req. 14 avril 1863, *Bardet, D.* 1863. 1. 402. Voir aussi, excluant l'intention libérale en disant d'une donatrice ayant contribué à la réfection d'une église que « *son but principal, son but intéressé a été* […] *de pouvoir plus souvent faire célébrer l'office divin, et de venir, à ses heures, prier sur la tombe de son mari* » : Trib. civ. Mamers, 2 février 1875, *De Mailly, D.* 1875. 5. 188.

420 La Cour de cassation relève que la cession a été « *consentie principalement en vue d'avantages équivalents qu*[e le donateur] *attendait de la construction projetée, et, notamment, en perspective de la plus-value que devaient acquérir d'autres terrains lui appartenant* […] *la commune, en acceptant cette cession, a assumé des charges qui sont, pour le moins, équivalentes à la valeur de ce qu'elle a reçu* » : Civ., 19 juillet 1894, *Epoux Lapeyre c. Commune d'Urrugne, D.* 1895. 1. 125, *S.* 1894. 1. 430.

421 G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, 11e édition, PUF, 2016, V° Offre de concours : « *l'offre par laquelle un particulier ou une personne publique s'engage à l'égard d'une autre personne publique à participer à titre onéreux à l'exécution d'une opération de travaux publics ou, par extension doctrinale, au fonctionnement d'un service public* ». Notons que si le Vocabulaire affirme son caractère onéreux, c'est bien celui-ci qui était contesté dans les décisions analysées.

422 Civ. 8 novembre 1911, *Consorts Goisbault c. Fabrique de l'église de Simplé, D.* 1912. 1. 289, note GUILLOIS ; Req. 17 novembre 1913, *Administration des domaines c. Chatain, D.* 1922. 1. 84 ; Civ. 19 juillet 1921, *Administration des domaines c. Abbé Monsérié, D.* 1922. 1. 99.

pas soumis aux droits de mutation à titre onéreux, au motif que ces apports avaient pour but de permettre le fonctionnement de l'œuvre[423].

171. La satisfaction de contribuer à une œuvre cultuelle est compatible avec l'intention libérale. La Cour de cassation a retenu que les auteurs de dons manuels à l'association Les Témoins de Jéhovah « *étaient animés à son égard d'une intention libérale que l'exercice d'un culte auquel ceux-ci entendraient contribuer ne pouvait suffire à exclure*[424] »

172. Cette analyse nous paraît susceptible de justifier la jurisprudence selon laquelle la volonté de déshériter ses enfants ne fait pas obstacle à l'existence d'une intention libérale. La Cour de cassation a retenu que « *la volonté de priver un héritier réservataire de la quotité disponible n'exclut pas l'intention libérale du testateur vis-à-vis d'une tierce personne*[425] ».

423 Civ. 20 janvier 1930, *D. H.* 1930. 179, *S.* 1930. 1. 281, note F. GÉNY ; Civ. 24 février 1932, *D. H.* 1932. 235, *S.* 1932. 1. 321, note F. GÉNY. La portée de ces arrêts doit être relativisée : ils n'affirment pas que l'acte est gratuit mais se limitent à écarter la qualification d'acte à titre onéreux au sens du droit fiscal. Cela peut s'expliquer par le fait que les associations non reconnues d'utilité publique n'avaient pas, avant 1987, capacité de recevoir des donations. Sur ce point, voir : F. GÉNY, note sous Civ. 20 janvier 1930, précitée.

424 Com., 5 octobre 2004, n° 03-15.709, *Bull. civ.* IV, n° 178 ; *RTD com.* 2005, p. 372, obs. L. GROSCLAUDE ; *D.* 2005 pan. 2114, obs. M. NICOD ; *Defrénois* 2005, art. 38086, p. 132, note A. CHAPPERT ; *BJS* 2004, p. 1535, rapp. L. TRUCHOT ; N. PETERKA, « L'imposition des dons manuels aux associations déclarées », *Defrénois* 2002, art. 37454, p. 3. Voir aussi : Com., 7 juillet 2009, n° 07-21.957, inédit.
Voir déjà, qualifiant la contribution d'un abbé à une fondation d'église de donation aux motifs que le donateur n'avait tiré aucun profit matériel, aucun avantage autre que la « *satisfaction de piété et d'amour propre* » : Trib. civ. Seine, 15 février 1913, confirmé par CA Paris, 24 juillet 1913, *Administration des domaines et ville de Paris c. Soulange-Bodin*, *D.* 1914. 2. 53, note H. L.
Voir, *contra*, retenant que l'intention libérale était exclue par « *l'avantage moral profond* [ressenti en permettant] *à l'association de fonctionner pour réaliser ses buts* » : Civ. 1re, 8 décembre 1982, inédit ; *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. jurispr. p. 65. Voir aussi, considérant encore que « *la satisfaction morale et religieuse de "voir continuer l'école libre de Boigny"* » excluait l'intention libérale : Civ. 1re, 1er mars 1988, n° 86-13.158, *Bull. civ.* I, n° 52 ; *JCP G* 1989. II. 21373, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; *RTD civ.* 1988, p. 801, obs. J. PATARIN ; *Defrénois* 1988, art. 34373, p. 1402, obs. J. HONORAT. Voir encore : CA Lyon, 8 juin 1971 ; *D.* 1971, jur. 555, note E. CHAVRIER ; *Defrénois* 1972, art. 30054, p. 201, note P. MALAURIE. Notons qu'avant 1987, seules les associations reconnues d'utilité publique avaient la capacité de recevoir des donations et legs. La qualification de libéralité avait pour conséquence la nullité de l'acte. La loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 relative au mécénat a ouvert cette possibilité à toutes « *les associations déclarées qui ont pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale* » (article 6 de la loi du 1er juillet 1901). Sur ce point, voir D. HIEZ, « Association », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, décembre 2019, nos 348-360. Voir aussi *infra*, nos 510 et s.

425 Civ. 1re, 30 septembre 2009, n° 08-17.919, *Bull. civ.* I, n° 200 ; *Dr. famille* 2009, comm. 144, comm. B. BEIGNER ; *AJ fam.* 2009, p. 460, obs. F. BICHERON ; *JCP G* 2010, doctr. 203, n° 10, obs. R. LE GUIDEC ; *RLDC* juin 2010, p. 47, note R. MÉSA.
Voir aussi, jugeant que « *si ces cessions sont intervenues dans le but de restructurer le groupe de sociétés dans le contexte d'une mésentente familiale, du désintérêt manifeste de ses frères pour la conduite de ce groupe et deux jours avant le décès du père de M. [P] [I], dont la qualité d'héritier de ce dernier n'était pas contestée, ces éléments ne sont pas de nature à exclure l'intention libérale des cédants et traduisent, au contraire, leur volonté manifeste de favoriser M. [P] [I] au détriment d'autres membres de la famille* » : Com., 7 juillet 2021, n° 19-16.446, inédit.
Voir aussi : Civ. 1re, 28 juin 2012, n° 11-14.662, inédit. Dans cette affaire, le concédant avait nommées bénéficiaires d'un contrat d'assurance vie la Société de protection des animaux et la Ligue nationale contre le cancer. Il était par la suite décédé d'un cancer. Le pourvoi soutenait que l'acte par lequel un père

Cette jurisprudence est habituellement citée en preuve de l'éviction de la conception bienfaisante de la gratuité : le disposant pourrait être animé par l'intention de déshériter, laquelle ne constitue pas une intention bienfaisante. Mais dès lors que la donation est accomplie au profit d'une œuvre, l'intention libérale nous paraît pouvoir être trouvée dans la satisfaction de contribuer à une œuvre. La qualification de la donation implique donc la recherche de motifs bienfaisants, lesquels peuvent résulter soit de la relation d'affection entretenue par les parties, soit d'une œuvre menée par le bénéficiaire. La Cour de cassation reconnaît, d'une part, la pertinence de la prise en compte des motifs et marque, d'autre part, une adhésion à la conception bienfaisante de la gratuité. Ce double constat se retrouve en matière de qualification d'un acte d'acte à titre gratuit ou d'acte bénévole.

§2. L'EXCLUSION DU CARACTÈRE GRATUIT OU BÉNÉVOLE DE CERTAINS ACTES INTÉRESSÉS

173. La jurisprudence recherche les motifs du concédant pour qualifier un acte d'acte à titre gratuit ou bénévole. Il nous est apparu que la Cour de cassation s'écartait de la conception abstraite de la gratuité retenue en doctrine en matière de qualification d'un contrat d'acte à titre gratuit ou d'acte bénévole. Certes, en dehors de la qualification de la donation, la jurisprudence relative à la caractérisation de la gratuité dans les contrats est peu abondante. En particulier, il n'existe pas, à notre connaissance, de décisions précisant les critères selon lesquels un contrat de dépôt ou de mandat doit être qualifié de contrat à titre gratuit ou de contrat à titre onéreux. Néanmoins, quelques arrêts font application de la qualification d'« acte à titre gratuit ». D'autres distinguent le transport et l'assistance bénévoles du transport et de l'assistance intéressés. Dans ce domaine également, la Cour de cassation recherche les motifs du concédant et exclut la « gratuité » intéressée du domaine du gratuit et du bénévole, se rattachant ainsi à la conception bienfaisante de la gratuité. Seule la qualification du contrat de mise à disposition d'un bien intéressé de « prêt à usage » intéressé fait figure d'exception.

a substitué à sa fille ces associations en qualité de bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie était motivé par la « *discrimination raciale fondée sur la race de son conjoint et la couleur de peau de ses enfants* » et en conséquence nul pour illicéité de la cause. La Cour de cassation juge que la cour d'appel a souverainement constaté que « *quel que soit le mobile qui a animé* [le défunt], *la cause de cette désignation est bien, en l'espèce, de gratifier les bénéficiaires désignés, notamment au regard de l'objet de l'activité* ». Elle pouvait en déduire l'absence d'illicéité de la cause.
Voir déjà, fréquemment cité mais peu net : Req. 27 juin 1887, *Epoux Lelédy c. consorts Poisson-Milon*, *DP* 1888. 1. 303.

174. Plan. La poursuite d'un intérêt extérieur à l'acte est incompatible avec la qualification d'acte à titre gratuit et d'acte bénévole (A.). Le prêt à usage constitue une exception. L'intérêt poursuivi par le concédant n'exclut pas la qualification de prêt à usage, lequel est pourtant décrit par le code civil comme un contrat « *essentiellement gratuit* » (B.).

A. L'exclusion de l'acte intéressé
B. L'exception du prêt à usage

A. L'EXCLUSION DE L'ACTE INTÉRESSÉ DE LA QUALIFICATION GRATUITE OU BÉNÉVOLE

175. Plan. La poursuite d'un intérêt extérieur à l'acte est incompatible avec la qualification d'acte à titre gratuit en matière d'action paulienne et de nullité de la période suspecte (1.) et avec celles de transport bénévole et d'assistance bénévole (2.).

1. L'acte à titre gratuit
2. Le transport bénévole et l'assistance bénévole

1. L'acte à titre gratuit

176. Plan. Deux règles, l'une jurisprudentielle et l'autre légale, visent, au titre de leur champ d'application, la catégorie « acte à titre gratuit ». Il s'agit de la règle selon laquelle le créancier qui exerce l'action paulienne n'est pas tenu de prouver la fraude du tiers cocontractant si le contrat est à titre gratuit, d'une part (a), et de la règle selon laquelle l'acte à titre gratuit est nul s'il est accompli par un débiteur pendant ou dans les six mois précédant la cessation des paiements, d'autre part (b).

a) L'action paulienne

177. Les juges recherchent les motifs du concédant pour déterminer si un contrat est à titre gratuit au sens de la règle selon laquelle l'action paulienne peut prospérer lorsque l'acte attaqué est un contrat à titre gratuit sans que le créancier ne soit tenu de prouver la fraude du tiers contractant. Un créancier peut attaquer un acte de son débiteur qu'il estime avoir été fait en fraude de ses droits. Il s'agit notamment pour le créancier de critiquer les actes par lesquels le débiteur a organisé son insolvabilité. L'action paulienne permet au créancier de

faire déclarer qu'un tel acte lui est inopposable[426]. La jurisprudence[427] puis l'ordonnance de réforme du droit des contrats[428] ont posé en règle que pour se voir déclarer un contrat inopposable, le créancier doit toujours prouver la fraude de son débiteur, mais il ne doit prouver la fraude du tiers contractant que dans l'hypothèse où le contrat est à titre onéreux. Quand le contrat est à titre gratuit, l'action paulienne peut prospérer même en l'absence de connaissance de la fraude par le tiers contractant[429].

178. Pour déterminer si un contrat est à titre gratuit, la Cour de cassation admet qu'il y a lieu de prendre en compte les motifs. Elle approuve les juges du fond qui recherchent l'intérêt extérieur à l'acte poursuivi par le concédant. Ainsi, dans une affaire où était critiquée la constitution de sûretés pour autrui, la cour d'appel avait relevé que le garant était dirigeant et créancier de la société débitrice principale, et qu'il trouvait donc un intérêt dans la poursuite de l'activité permise par la garantie. La Cour de cassation a retenu que la cour d'appel avait « *ainsi fait ressortir l'existence d'une contrepartie aux actes litigieux* », dont ressortait leur caractère onéreux[430]. Elle a ainsi jugé que l'existence d'un intérêt poursuivi par le concédant, qualifié de « *contrepartie*[431] », excluait la gratuité. La Cour de cassation recherche donc le motif poursuivi pour qualifier un contrat de gratuit ou d'onéreux.

b) Les nullités de la période suspecte

179. Les juges recherchent les motifs du concédant pour déterminer si un acte est à titre gratuit au sens de l'article L. 632-1 du code de commerce, relatif aux nullités des actes réalisés après la cessation des paiements et pendant la période suspecte. Lorsqu'une personne exerçant une activité professionnelle indépendante[432] est incapable de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, elle est dite en cessation des paiements. Les actes qu'elle réalise après la cessation des paiements et dans les six mois précédents la cessation des

426 Article 1341-2 du code civil : « *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*. »

427 Voir par exemple : Civ. 1re, 23 avril 1981, no 80-10.873, *Bull. civ.* I, no 130 ; *RTD civ*. 1982, p. 144, obs. F. CHABAS ; Civ. 1re, 15 mai 2015, no 14-16.652, inédit.

428 Voir l'article 1341-2 du code civil, précité : « […] *à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude*. »

429 Selon nous, le champ d'application de cette règle est critiquable. Il y aurait eu lieu de retenir qu'elle est applicable aux actes onéreux déséquilibrés : voir *infra*, nos 292-295. Cependant, en l'état du droit positif, les tribunaux doivent qualifier un contrat d'acte à titre gratuit pour admettre que le créancier est dispensé de prouver la fraude du tiers contractant.

430 Com., 9 janvier 2001, no 97-11.784, inédit. Voir aussi, retenant qu'est gratuit l'abandon de créances consenti par une personne « *au profit des créanciers du règlement judiciaire au bénéfice duquel son épouse avait été admise* » (Civ. 1re, 1er juillet 1975, no 74-11.109, *Bull. civ.* I, no 213).

431 Sur l'absence de contrepartie reçue par le constituant d'une sûreté pour autrui, voir *infra*, nos 235-236.

432 Le critère est issu de l'article L. 631-2 du code de commerce, alinéa premier.

paiements sont suspectés d'avoir été réalisés en fraude des droits des créanciers. Le code de commerce prévoit notamment que peuvent être annulés « *les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière*[433] » accomplis pendant ces périodes. La Cour de cassation approuve les juges du fond qui recherchent l'intérêt poursuivi par le concédant ou la situation permettant de présumer son intention bienfaisante[434]. C'est le cas de l'arrêt le plus récent, rendu le 19 novembre 2013[435]. Cette affaire avait trait à une sûreté réelle consentie au profit d'une société par sa filiale[436]. La cour d'appel a retenu que le cautionnement ne constituait pas un acte à titre gratuit au sens de l'article L. 632-1 du code de commerce au motif que la filiale « *a un intérêt à favoriser le financement de sa société mère, laquelle pourra ainsi participer à son propre développement* ». La Cour de cassation a jugé que cette appréciation relevait du pouvoir souverain des juges du fond et rejeté le pourvoi. Elle a donc admis que les juges du fond s'appuient sur un intérêt du concédant extérieur à l'acte pour le qualifier d'onéreux. Ainsi, elle a retenu que les motifs sont pertinents pour la qualification de l'acte[437].

---

433 L'article L. 632-1 du code de commerce dispose : « *I.- Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : 1° Tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière.* […] *II.- Le tribunal peut, en outre, annuler les actes à titre gratuit visés au 1° du I faits dans les six mois précédant la date de cessation des paiements*. »

434 La majorité des arrêts portent sur des sûretés pour autrui consenties par le débiteur en difficulté. Voir ainsi, qualifiant le cautionnement d'acte à titre onéreux au motif que la caution trouve un intérêt personnel à l'acte, situé dans la poursuite de l'activité de la société dont elle est présidente du conseil d'administration, cette poursuite d'activité bénéficiant également à une autre société dont la caution était associé et gérant salarié, dans la mesure où cette société était propriétaire de locaux loués « *avantageusement* » par la société garantie : Com., 14 février 1989, n° 87-14.798, *Bull. civ.* IV n° 62. Voir aussi, qualifiant le cautionnement d'acte à titre gratuit au motif qu'il avait pour objet de garantir les dettes du gendre de la caution, en difficulté financière : Com., 12 juin 1963, *Bull. civ*. III, n° 298.
Or, il nous paraît impossible pour le garant dans la sûreté pour autrui d'opposer au créancier la gratuité de son intervention : voir *infra*, n^{os} 237-243.

435 Com., 19 novembre 2013, n° 12-23.020, *Bull civ.* IV, n° 168 ; *D.* 2013. 2766, obs. A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2014, p. 203, obs. L.-C. HENRY ; *RTD com.* 2014, p. 697, obs. A. MARTIN-SERF ; *BJS* 2014, p. 44, note E. MOUIAL-BASSILANA ; *Gaz. Pal.* 12-14 janvier 2014, p. 32, note P. ROUSSEL-GALLE ; *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 124, note G. BLANC.

436 Sur l'existence de contrats à titre gratuit conclus par les sociétés, voir aussi *infra*, n^{os} 428-475.

437 Dans la plupart des arrêts, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir d'appel d'avoir retenu que l'acte est onéreux au motif que l'engagement du garant a pour contrepartie l'avantage consenti par le créancier au débiteur principal, bénéficiaire. Voir ainsi : Com., 21 décembre 1966, *Bull. civ*. IV, n° 497 ; *RTD com.* 1967, p. 581 (nantissement pris en garantie des dettes d'une société par une autre société, mais peu probant car la cassation est prononcée pour dénaturation de l'acte de nantissement) ; Com., 25 février 1986, inédit ; *D.* 1986. IR 241, obs. A. HONORAT.
Voir aussi, retenant qu'ayant souverainement apprécié « *qu'aucun avantage, si minime soit-il, n'avait été accordé* » à la société garante, la cour d'appel pouvait retenir que l'acte constituait une libéralité inopposable à la masse des créanciers : Com., 4 novembre 1969, *Bull. civ*. IV, n° 324.
Voir également : Com., 10 décembre 2002, n° 01-11.279, inédit ; *Rev. proc. coll.* 2004, comm. 71, obs. G. BLANC ; *RTD com.* 2004, p. 813, obs. A. MARTIN-SERF. Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation s'interrogeait sur l'application du 2° de l'article L. 632-1, I du code de commerce, qui dispose qu'est nul « *Tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie* » conclu pendant la période suspecte. La cour d'appel avait retenu que la cession de créance dont il était demandé la nullité constituait une « *opération apparemment déséquilibrée ne* [pouvant] *être isolée*

2. Le transport bénévole et l'assistance bénévole

180. Plan. Le qualificatif « bénévole » n'apparaît pas dans le code civil. Il a été employé par la Cour de cassation pour la construction de deux catégories, le transport bénévole et la convention d'assistance bénévole[438]. Il ressort de la jurisprudence que, par ces catégories, la Cour de cassation a cherché à appréhender les situations dans lesquelles une personne rend un service à une autre de manière désintéressée. Les orientations retenues par la Cour de cassation révèlent que celle-ci n'hésite pas à tenir compte de l'intérêt poursuivi par la partie qui rend service à l'autre pour exclure le caractère bénévole de son acte, tant pour la caractérisation du transport bénévole (a) que celle de la convention d'assistance bénévole (b).

a) Transport bénévole

181. La poursuite d'un intérêt par le transporteur exclut la qualification de transport bénévole. Le transport bénévole constitue, au sens de la Cour de cassation, un fait juridique. Il s'agit du fait par lequel une personne transporte une autre gratuitement. Les arrêts relatifs à des transports bénévoles portent le plus souvent sur des trajets en voiture. Le transport bénévole relève du droit de la responsabilité extracontractuelle[439]. Il est apparu dans la jurisprudence de la Cour de cassation à la fin des années 1920. À cette époque, la Cour de cassation venait d'admettre que la responsabilité des conducteurs de véhicules impliqués dans un accident de la circulation peut être engagée sans faute, sur le fondement de la responsabilité du fait des choses. Elle a consacré le transport bénévole comme une exception à cette règle de principe. Lorsque la victime avait bénéficié d'un transport bénévole, elle ne pouvait agir contre celui qui l'avait transporté bénévolement sur le fondement de la responsabilité du fait des choses, sans faute. Elle devait établir la faute du conducteur pour obtenir une indemnisation[440].

---

du reste des relations d'affaires » entre les parties. L'arrêt a été censuré par la Cour de cassation, au seul rappel des termes de l'article L. 632-1, I, 2° du code de commerce.
Cette motivation, ainsi qu'on le verra (voir *infra*, n^os^ 237-243), est critiquable : à supposer que le créancier consente effectivement un avantage au débiteur principal, ce qui n'est pas un élément nécessaire de la constitution d'une sûreté, cet avantage ne saurait constituer une contrepartie à l'égard du garant, puisqu'il profite à un tiers. Autrement dit, il ne permet pas de comprendre l'engagement du garant, lequel ne retire aucun avantage personnel de l'acte.

438 Les deux avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux suggèrent l'intégration dans le code civil d'une catégorie susceptible d'accueillir la convention d'assistance bénévole : le contrat de prestation de service à titre gratuit, prévu par l'article 71 de l'avant-projet de réforme de l'association Henri Capitant et le contrat d'entreprise à titre gratuit, prévu par l'article 1756 de l'avant-projet de réforme de la commission Stoffel-Munck. Sur ce point, voir *supra* n^o^ 2. Sur ces avant-projets, voir *supra*, n^o^ 95.

439 Sur la critique du refus de qualifier le transport bénévole de contrat, voir *infra*, n^o^ 912.

440 Civ., 27 mars 1928 ; *DP* 1928. 1. 145, note G. RIPERT ; *S.* 1928. 1. 353, note F. GÉNY.

182. Cette jurisprudence a fait l'objet d'un revirement en 1968[441], puis a en toute hypothèse été rendue obsolète par l'entrée en vigueur de la loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation. Les arrêts rendus par la Cour de cassation révèlent toutefois qu'elle jugeait que la qualification de transport bénévole était incompatible avec la poursuite d'un intérêt par le transporteur. Elle a ainsi exclu le caractère bénévole dans des affaires où le transporteur bénéficiait d'un partage de frais et d'un hébergement sans contrepartie à l'arrivée[442], ou des conseils du transporté dans l'affaire justifiant le déplacement[443]. Constitue également un transport intéressé la prise en charge du commissaire d'une course cycliste par une camionnette publicitaire : l'entreprise n'avait accepté d'organiser le transport du commissaire que parce qu'elle en retirait un avantage publicitaire[444].

183. La Cour de cassation a jugé, corrélativement, que le caractère bénévole pouvait résulter du fait que le conducteur ne reçoit aucune rémunération ni participation aux frais[445]. Le fait que le transporté ait payé l'essence au cours du trajet était indifférent dès lors qu'il « *ne constitu*[ait] *qu'un geste spontané dicté par le désir de remercier le conducteur de sa complaisance*[446] ». De même, était motivé par une intention bénévole le transporteur ayant agi « *uniquement pour rendre service à quelqu'un avec lequel il entretenait des relations de sympathie*[447] ».

b) Convention d'assistance bénévole

184. La poursuite d'un intérêt par l'assistant exclut la qualification de convention d'assistance bénévole. La Cour de cassation a consacré la convention d'assistance bénévole dans un arrêt rendu en 1959[448]. Dans cette affaire, un passant avait aidé le conducteur d'un camion embourbé à le sortir du fossé et avait subi une blessure à l'œil. La Cour de cassation a jugé qu'entre l'assistant et l'assisté s'était formé un contrat, la convention d'assistance bénévole. La responsabilité du conducteur était donc engagée sur le fondement contractuel et

441 Mixte, 20 décembre 1968, n° 66-11.663, *Bull. mixte*, n° 4. Voir *infra*, n° 912.

442 Civ. 2e, 2 juillet 1964, *Bull. civ.* II, n° 535 ; Civ. 2e, 11 juillet 1966, *Bull. civ.* II, n° 763.

443 Civ. 2e, 23 novembre 1961, *Bull. civ.* II, n° 793 ; Civ. 2e, 14 novembre 1963, *Bull. civ.* II, n° 737 ; *JCP 196*4. II. 13490, note P. ESMEIN. Voir aussi, qualifiant d'intéressé l'acte par lequel le conducteur a accepté le transport afin que le transporté puisse le relever de sa conduite si nécessaire : Civ. 2e, 28 février 1964, *Bull. civ.* II, n° 195.

444 Civ. 2e, 31 octobre 1963, *Bull. civ.* II, n° 703.

445 Civ. 2e, 24 février 1966, *Bull. civ.* II, n° 263 ; Civ. 2e, 4 mars 1965, n° 62-12.850, *Bull. civ.* II, n° 225 (relevant que l'invitation au mariage auquel se rendaient le conducteur et son passager ne constituait pas une contrepartie au transport) ; Civ. 2e, 17 décembre 1964, *Bull. civ.* II, n° 829 ; *JCP* 1965. II. 14125, note R. RODIÈRE (l'aide apportée par le passager à la réparation de l'avion ne constituait pas une contrepartie du transport).

446 Civ. 2e, 16 octobre 1964, *Bull. civ.* II, n° 622.

447 Civ. 2e, 13 novembre 1964, *Bull. civ.* II, n° 715.

448 Civ. 1re, 27 mai 1959, *Bull. civ.* I, n° 271 ; *JCP* 1959. II. 11187, note P. ESMEIN ; *RTD civ.* 1959, p. 735, obs. H. et L. MAZEAUD ; *D.* 1959, jur. 524, note R. SAVATIER.

non le fondement extra-contractuel. Il ressort de ces arrêts que la convention d'assistance bénévole peut être définie comme le contrat par lequel deux personnes s'accordent sur le fait que l'une d'elles, l'assistant, rendra service à l'autre, l'assisté. Selon la Cour de cassation, ce contrat implique l'obligation pour l'assisté d'indemniser l'assistant si celui-ci subit un préjudice dans le cadre du service rendu. Il permet à l'assistant d'engager la responsabilité de l'assisté sans être tenu de prouver une faute de sa part[449].

185. Dans ce cadre encore, la Cour de cassation a jugé que n'est pas bénévole celui qui poursuivait son propre intérêt. Ainsi, la personne qui monte un cheval « *pour satisfaire son plaisir personnel* » n'agit pas « *dans l'intérêt exclusif du propriétaire de l'animal* » et ne lui est pas liée par une convention d'assistance bénévole[450]. Au contraire, la convention d'assistance bénévole est facilement caractérisée entre proches[451]. La Cour de cassation a également admis son application à l'accident subi par le bénévole régulier au cours de son déplacement entre son domicile et son lieu de bénévolat[452]. Il en ressort que la Cour de cassation prend en considération les motifs pour qualifier un acte de convention d'assistance bénévole, de même que pour la qualification de transport bénévole ou d'acte à titre gratuit. Ces arrêts peuvent être rattachés à la conception bienfaisante de la gratuité. La Cour de cassation adopte une position légèrement différente en matière de prêt à usage, retenant qu'un acte intéressé peut être qualifié de gratuit, mais ne doit pas être soumis au régime de la gratuité.

B. L'EXCEPTION DU PRÊT À USAGE

186. La jurisprudence majoritaire retient que la seule absence de contrepartie suffit à qualifier un contrat de prêt, sans qu'il soit nécessaire de rechercher les motifs du prêteur et en particulier la bienfaisance. Comme la donation, le prêt à usage est essentiellement

449 Sur la convention d'assistance bénévole, voir aussi *infra*, n° 38.

450 Civ. 1re, 1er juin 2017, n° 16-19.420, inédit. Voir cependant, jugeant que l'absence d'intention libérale de l'assistant et l'existence d'un intérêt personnel, résidant dans l'intention de récupérer du matériel à la fin des travaux auxquels il contribuait, n'exclut pas la convention d'assistance bénévole : Civ. 1re, 3 janvier 1991, n° 88-19.901, inédit.

451 L'assistant peut ainsi être un frère (Civ. 1re, 27 janvier 1993, n° 91-12.131, *Bull. civ.* I, n° 42 ; *JCP G* 1993. I. 3727, n° 5, obs. G. VINEY), un oncle (Civ. 2e, 3 octobre 2013, n° 12-19.320, inédit), ou un ami (Civ. 1re, 17 décembre 1996, n° 94-21.838, *Bull. civ.* I, n° 463 ; *D.* 1997. somm. 288, obs. P. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1997, p. 431, obs. P. JOURDAIN).

452 Civ. 1re, 8 novembre 1977, n° 76-11.518, *Bull. civ.* I, n° 406.

gratuit[453]. Autrement dit, de même que le contrat translatif de propriété constitue un contrat à titre onéreux lorsqu'il est à titre onéreux et une donation lorsqu'il est à titre gratuit[454], le contrat transférant temporairement la jouissance d'une chose de genre constitue un bail lorsqu'il est à titre onéreux et un prêt à usage lorsqu'il est à titre gratuit[455].

187. Mais la Cour de cassation n'a pas étendu au prêt à usage les critères qu'elle a établis pour la qualification de la donation. Contrairement à la gratuité de la donation, qui est caractérisée positivement par un élément matériel et un élément intentionnel, la gratuité du prêt ne se recherche qu'en opposition à l'onérosité du bail. Or, le bail est défini comme le contrat conjuguant la mise à disposition d'un bien et un prix[456]. Autrement dit, constitue un prêt à usage le contrat qui concède temporairement la jouissance d'une chose, sans que n'ait été stipulé le paiement d'un prix.

453 Article 1876 du code civil : « *Ce prêt est essentiellement gratuit*. ». Cette caractéristique est conservée par les textes de réforme du droit des contrats spéciaux : article 101 de l'offre de réforme de l'association Henri Capitant ; article 1876 de l'avant-projet de réforme de la commission Stoffel-Munck. Sur ces textes, voir *supra*, n° 95.

454 Le prix constitue un élément caractéristique de la vente (voir l'article 1583 du code civil). En conséquence, seul le contrat transférant la propriété d'un bien contre un prix constitue une vente. Le contrat par lequel deux personnes se transfèrent respectivement la propriété d'un bien est qualifié d'échange (voir l'article 1702 du code civil). Enfin, le contrat par lequel une personne transfère la propriété d'un bien à une autre qui lui rend un service en contrepartie constitue un contrat à titre onéreux innommé (en ce sens : Civ. 2e, 12 octobre 1967, *Bull. civ.* II, n° 292. Voir cependant, jugeant que « *la vente d'une chose pouvant être réalisée moyennant une contre partie autre qu'un versement de somme d'argent* » et annulant la vente pour indéterminabilité du prix : Civ. 3e, 9 décembre 1986, n° 95-13.373, *Bull. civ.* III, n° 177).

455 La mise à disposition temporaire d'un bien fongible est toujours un prêt de consommation, gratuit ou onéreux.

456 Article 1709 du code civil : « *Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer.* » Voir aussi : article 52 de l'offre de réforme de l'association Henri Capitant ; article 1709 de l'avant-projet de réforme de la commission Stoffel-Munck. Sur ces avant-projets, voir *supra*, n° 95. Ainsi, l'existence d'une contrepartie disqualifie le prêt en bail. Voir par exemple, censurant une cour d'appel ayant qualifié de prêt une convention d'occupation d'un immeuble après avoir constaté que les occupants versaient au propriétaire une indemnité : Soc., 31 janvier 1958 ; *RTD civ*. 1958, p. 424, obs. J. CARBONNIER. *Adde.* retenant qu'un loyer modique est suffisant pour emporter la qualification de bail : Civ. 3e, 15 mai 1973, n° 72-11.841, *Bull. civ.* III, n° 336.

188. Il en résulte que la seule absence de loyer permet en principe de caractériser la gratuité du prêt[457]. La qualification de prêt à usage est compatible avec la poursuite d'un intérêt par le prêteur[458].

189. Quelques décisions retiennent toutefois que l'intérêt poursuivi par le concédant écarte la gratuité du contrat et donc la qualification de prêt à usage. Il s'agit notamment d'hypothèses dans lesquelles l'usage est concédé sans contrepartie immédiate mais s'inscrit dans les relations onéreuses des parties. La Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel d'avoir retenu que la mise à disposition d'une chambre à un stagiaire agricole « *constituait non pas un prêt à usage, mais l'accessoire du contrat de stage non rémunéré*[459] ». N'a pas davantage été qualifié de prêt le contrat par lequel une coopérative fromagère avait mis à disposition d'un supermarché une vitrine destinée à faciliter la vente de ses produits[460], ou la convention portant sur l'occupation de chais, qualifiée d' « *accessoire au contrat de dépôt* » conclu entre le propriétaire des chais et un marchand de vin[461]. Ces décisions demeurent malheureusement minoritaires.

190. Les motifs sont pris en compte pour écarter le régime du prêt au profit d'un régime s'apparentant à celui du bail. La Cour de cassation retient que les motifs intéressés du concédant justifient que soit écarté le régime du prêt[462]. Si, le « prêt à usage » intéressé est qualifié de prêt et en conséquence essentiellement gratuit, concrètement, il n'est pas soumis au régime de la gratuité[463]. Ce détour nous paraît inutile. Il alourdit l'analyse du contrat de prêt en ce qu'il impose, après avoir distingué le prêt à usage du bail, de sous-distinguer le prêt à usage intéressé du prêt à usage désintéressé. Il prive d'intérêt la qualification de prêt à usage

457 Voir par exemple, retenant l'absence « *d'obligation de paiement* » à la charge de la personne hébergée, qui s'était uniquement chargée des courses et censurant la cour d'appel ayant retenu l'existence d'un bail : Civ. 3e, 5 juillet 1995, no 93-10.924, *Bull. civ.* III, no 164. Voir aussi, retenant que l'engagement de payer les charges et la taxe foncière fonde la qualification de contrat à titre onéreux : Civ. 3e, 14 janvier 2004, no 02-12.663, *Bull. civ*. III, no 6 ; *RDC* 2004, p. 708, obs. J.-B. SEUBE. Ou encore, jugeant que le seul paiement des charges n'emporte pas qualification de contrat à titre onéreux : Civ. 3e, 2 mai 2012, no 11-18.927, inédit.
On verra cependant que la jurisprudence n'est pas nette sur le type de prestations susceptibles d'être qualifiées de loyer (voir *infra*, nos 351-353).

458 Voir ainsi, retenant la qualification de prêt à usage malgré l'existence d'un intérêt poursuivi par le prêteur : Civ. 1re, 26 octobre 1960, *Bull. civ.* II, no 463 (prêt d'une échelle par une cliente à un entrepreneur de travaux) ; Civ. 1re, 15 janvier 1976 ; *JCP G 1977*. II. 18516, note G. GOUBEAUX (prêt d'une somme d'argent à un fournisseur pour l'achat d'un outil agricole) ; CA Paris, 27 octobre 1975 ; *JCP G 1977*. II. 18746, note J. HÉMARD (prêt d'un appareil de tirage de bière par un brasseur au tenancier d'un bar).

459 Civ. 1re, 8 juin 1999, no 97-15.969, *Bull. civ.* I, no 192 ; *D.* 2000. 423, note J. JULIEN.

460 Civ. 1re, 15 septembre 2009, no 08-16.504, inédit.

461 Civ. 3e, 29 mars 1995, no 92-22.116, inédit.

462 Voir *infra*, no 231.

463 La jurisprudence est donc proche des solutions retenues en droit romain (voir *supra*, no 11), et à la position de Pothier (voir *supra*, no 67) reprise notamment par Delvincourt (C. E. DELVINCOURT, *Cours de code Napoléon*, tome 2, Gueffier, 1813, p. 4).

désintéressé, celui-ci n'étant pas soumis aux dispositions spéciales du prêt à usage. La qualification de prêt à usage intéressé nous paraît dès lors inutile. Le contrat dans lequel une personne met un bien à disposition de l'autre, sans qu'un loyer soit prévu mais dans l'intérêt commun des deux parties, doit être qualifié, non de prêt, ni de bail, mais simplement de contrat innommé et soumis au régime du bail. La qualification de prêt à usage doit être réservée au contrat dans lequel le concédant est motivé par une intention bienfaisante. Sauf en ce qui concerne le prêt à usage, la Cour de cassation marque une faveur pour la conception bienfaisante de la gratuité en admettant la prise en compte des motifs dans la qualification d'un acte de gratuit ou onéreux. Cette prise en compte de motifs se retrouvait dans l'exercice du contrôle de l'existence de la cause dans les contrats comportant un engagement dépourvu de contrepartie équivalente. Elle doit, selon nous, perdurer dans l'exercice d'un contrôle de l'intelligibilité de cet engagement, condition de validité du contrat.

SECTION II
MOTIFS ET VALIDITÉ DU CONTRAT COMPORTANT UN ENGAGEMENT DÉPOURVU DE CONTREPARTIE ÉQUIVALENTE

191. Notre défense de la conception bienfaisante de la gratuité nous conduit à défendre la prise en compte des motifs de celui qui s'engage sans recevoir une contrepartie équivalente. Le rejet de la conception bienfaisante de la gratuité est, à notre sens, partiellement justifié par l'hostilité de la doctrine à l'égard de la prise en compte des motifs. Or, celle-ci nous paraît essentielle pour comprendre le contrat comportant un engagement dépourvu de contrepartie équivalente. Celui-ci peut avoir une portée fondamentalement différente selon les motifs qui y sont attachés. La conception abstraite de la gratuité assimile toutes ces opérations et les rassemble sous la catégorie du contrat à titre gratuit. Nous lui préférons la conception bienfaisante, qui suppose de s'intéresser aux motifs afin d'isoler, au sein de la gratuité, les actes bienfaisants, et d'en écarter les actes intéressés.

192. Selon nous, à travers le contrôle de l'existence de la cause de l'engagement dépourvu de contrepartie équivalente, la Cour de cassation exerçait un contrôle de l'intelligibilité de cet engagement en recherchant ses motifs. Avant l'ordonnance de réforme

du droit des contrats, la Cour de cassation, en exerçant le contrôle de l'existence de la cause d'un engagement dépourvu de contrepartie sérieuse, recherchait des éléments objectifs permettant de présumer l'existence de motifs subjectifs. Elle exerçait ce qui nous apparaît comme un contrôle de l'intelligibilité de l'engagement, exprimant l'idée selon laquelle le droit ne doit assurer, par la force obligatoire du contrat, l'exécution que des engagements socialement compréhensibles. Selon nous, ce contrôle de l'intelligibilité de l'engagement, par la recherche, pour les engagements dépourvus de contrepartie, des motifs subjectifs du débiteur, doit être maintenu, ce qui requiert une interprétation libre des textes issus de l'ordonnance du 10 février 2016.

193. Seules les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité sont, pour des raisons d'opportunité, exclues du champ du contrôle de l'existence de motifs subjectifs objectivés. Pour certains actes seulement, la Cour de cassation refuse d'exercer un contrôle de l'intelligibilité de l'engagement du concédant. Elle retient que leur cause réside dans la seule existence d'un avantage au profit du bénéficiaire. Il s'agit des actes dans lesquels le concédant ne s'engage pas envers le bénéficiaire, mais envers un tiers au rapport de gratuité. Ces actes seront désignés sous le terme d'opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité.

194. Plan. Les contrats sont en principe soumis à un contrôle de l'intelligibilité des engagements des parties requérant la recherche d'éléments objectifs permettant de présumer la nature de leurs motifs. Ce contrôle devrait se poursuivre malgré les bouleversements opérés par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats (§1.). Seules les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité en sont exemptées (§2.).

§1. Le principe : le contrôle de l'intelligibilité de l'engagement par la recherche des motifs
§2. L'exception : l'absence de contrôle de l'intelligibilité des opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité

§1. LE PRINCIPE : LE CONTRÔLE DE L'INTELLIGIBILITÉ DE L'ENGAGEMENT PAR LA RECHERCHE DES MOTIFS

195. Plan. Le contrôle de l'existence de la cause, avant l'ordonnance du 10 février 2016, impliquait la recherche de l'existence d'éléments objectifs permettant de présumer les motifs de celui qui s'engage. Dans les cas des engagements dépourvus de contrepartie sérieuse, ces éléments pouvaient être recherchés à l'extérieur de l'acte. Le contrôle de l'existence de la cause garantissait ainsi l'intelligibilité de l'engagement (A.). L'ordonnance du 10 février 2016 a supprimé la notion de cause. Néanmoins, le maintien du contrôle de l'intelligibilité de

l'engagement, nécessaire, peut être maintenu, au prix certes d'une interprétation audacieuse de ces nouveaux textes (B.).

A. Les motifs dans le contrôle de l'existence de la cause avant l'ordonnance du 10 février 2016
B. Les motifs dans le contrôle de l'intelligibilité de l'engagement après l'ordonnance du 10 février 2016

A. LES MOTIFS DANS LE CONTRÔLE DE L'EXISTENCE DE LA CAUSE AVANT L'ORDONNANCE DU 10 FÉVRIER 2016

196. Plan. Il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation que son contrôle de l'existence de la cause ne se limite pas aux éléments internes au contrat. Face à un contrat comportant un engagement dépourvu de contrepartie suffisante, elle recherche des éléments objectifs extérieurs au contrat permettant de présumer les motifs du concédant (1.). Le contrôle de l'existence de la cause de l'engagement a notamment pour finalité d'assurer l'intelligibilité des engagements auxquels le droit confère force obligatoire. Or, si le contrat dans lequel chacun reçoit une contrepartie est intelligible de ce seul fait, les contrats dans lesquels une personne s'engage sans obtenir de contrepartie suffisante ne sont pas immédiatement intelligibles. Il est donc nécessaire d'aller rechercher leur intelligibilité dans des éléments qui leur sont extérieurs (2.).

1. Le constat de la recherche d'éléments objectifs extérieurs à l'acte permettant de supposer les motifs subjectifs
2. La nécessité de la recherche d'éléments extérieurs à l'acte

1. Le constat de la recherche d'éléments objectifs extérieurs à l'acte permettant de supposer les motifs subjectifs

197. La Cour de cassation a retenu qu'était valable la vente à prix symbolique en recherchant un intérêt extérieur au contrat. La solution résulte au moins d'un arrêt du 3 septembre 1993. L'affaire portait sur la transmission d'une entreprise en difficulté financière. Le repreneur avait acquis de la société exploitante elle-même, pour un prix, les locaux et le matériel. Il avait acquis de l'actionnaire majoritaire, pour un franc symbolique, un terrain sur lequel s'exerçait une partie de l'activité. L'actionnaire avait demandé la nullité de la seconde vente pour un franc symbolique, arguant de son absence « *de prix sérieux*[464] ». La cour d'appel en avait retenu la validité, aux motifs, rappelés par la Cour de cassation, que la vente ne pouvait

464 Le moyen de cassation faisant grief à la cour d'appel d'avoir violé l'article 1582 du code civil, lequel dispose que « *La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé*. »

« *être dissociée de celle des bâtiments et de la reprise des dettes de la société* […] *l'ensemble concernant la vente de l'entreprise de briqueterie formant un tout indivisible* », qu'elle « *permetta*[i]*t l'apurement des dettes et la poursuite de l'activité* » et que le vendeur avait donc « *grand intérêt à sa réalisation, tant à titre personnel pour éviter les poursuites de ses créanciers, qu'à titre d'actionnaire de la société X… dont il détenait avec son épouse près de la moitié des parts sociales* ». La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en retenant que « *la cour d'appel a*[vait] *pu en déduire que dans le cadre de l'économie générale du contrat, la vente du terrain était causée et avait une contrepartie réelle*[465] ».

198. La Cour de cassation a ainsi considéré que l'existence d'une contrepartie est établie, sans préciser davantage sa nature. Il ressort des motifs de la cour d'appel qu'elle rappelle que l'actionnaire trouvait un intérêt à la vente à prix symbolique dans ses relations avec ses propres créanciers et dans ses relations avec la société. Son engagement n'était pas motivé par une contrepartie tirée de la vente à prix symbolique, ni même par la contrepartie fournie par l'acquéreur dans le contrat conclu avec la société. Il était causé par l'amélioration de sa situation personnelle, laquelle résultait du contrat conclu entre la société et l'acquéreur, auquel l'actionnaire n'était pas partie. Ainsi, il est pertinent de rechercher l'intérêt poursuivi par une personne qui s'engage pour une contrepartie symbolique dans des éléments objectifs extérieurs au contrat[466].

199. La Cour de cassation a retenu qu'était valable le contrat comportant une contrepartie faible dans une situation laissant présumer l'existence d'une intention

---

465 Civ. 3e, 3 septembre 1993, no 91-15.613 ; *Bull. civ.* III, no 28 ; *Defrénois* 1993, art. 35602, p. 927, note Y. DAGORNE-LABBE ; *RTD com.* 1993, p. 665, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *RTD civ.* 1994, p. 124 obs. P.-Y GAUTIER ; *JCP G* 1994. I. 3744, chron. M. FABRE-MAGNAN.

466 Cet arrêt pourrait s'expliquer, à première vue, par le jeu de la théorie des ensembles contractuels (sur laquelle voir *infra*, no 373). Selon cette théorie, certains contrats ne constituent qu'une partie d'un ensemble plus large, d'une opération économique à la réalisation de laquelle plusieurs contrats concourent. Mais à supposer qu'un ensemble contractuel ait pu être caractérisé, l'intérêt de l'associé ne résultait pas dans la contrepartie fournie dans le cadre de l'ensemble contractuel. L'associé n'était pas motivé par le prix de la cession du matériel et des bâtiments, mais par l'espoir de voir ses rapports avec la société et sa situation personnelle améliorés. Il s'agit d'un intérêt extérieur à la vente à prix symbolique ainsi qu'à l'ensemble contractuel qu'elle pourrait former avec l'acte conclu entre la société et le repreneur.

Voir aussi, jugeant qu'avait légalement justifié sa décision d'écarter la nullité d'une cession de parts sociales la cour d'appel ayant « *souverainement retenu* », d'une part, « *que les biens en cause étaient vétustes et avaient vocation à être démolis, que l'on pouvait s'interroger sur la possibilité de vendre les parts d'une SCI non immatriculée à un tiers alors que la seconde associée possédait les parts restantes, de sorte que la cession litigieuse apportait une solution économiquement cohérente et conforme à l'intérêt de la cédante* » et, d'autre part, « *que le prix pouvait être considéré comme sérieux, même s'il était inférieur à celui retenu en 1997, dans la mesure où il s'inscrivait dans un ensemble de relations contractuelles, initiées en 1993, entre membres de la famille D.../F... et entre associées de la société* » : Civ. 3e, 21 janvier 2021, no 19-23.122, inédit.

bienfaisante. Un arrêt du 7 avril 1976 permet d'illustrer le raisonnement par lequel les juridictions, lorsqu'est contestée la validité d'un contrat comportant une contrepartie faible, recherchent des éléments extérieurs au contrat permettant de présumer l'existence de l'intention bienfaisante. Dans cette affaire, une personne avait vendu un château à son neveu pour un prix symbolique. Ses héritiers ont demandé l'annulation de la vente pour défaut de prix sérieux. La Cour de cassation a constaté que la cour d'appel avait « *souverainement estimé que l'intention libérale de la venderesse résultait tant de la modicité du prix consenti pour la vente que du fait que celle-ci avait continué à résider au château avec son neveu jusqu'à son décès, sans mettre en cause la validité de la cession* » et retenu « *qu'elle a pu en déduire que dame A… avait fait bénéficier son neveu d'une donation indirecte*[467] ». La Cour de cassation a ainsi approuvé la cour d'appel d'avoir recherché l'intention libérale de la concédante en citant des motifs dont il résulte que cette intention libérale peut être présumée du fait de la constatation d'une relation d'affection[468].

200. De même, la Cour de cassation a jugé que des baux au loyer très réduit étaient valables dès lors que le caractère modéré du loyer pouvait être expliqué par la relation d'affection entretenue par les parties[469].

201. Les juges admettent que, dans un contrat qualifié de vente et comportant une contrepartie, si cette contrepartie n'est pas sérieuse, il faut rechercher des éléments extérieurs au contrat pour en apprécier la validité. En d'autres termes, la seule absence de cause objective ne suffit pas à annuler le contrat apparemment à titre onéreux. Celui-ci peut être valable en présence d'une cause subjective.

2. La nécessité de la recherche d'éléments extérieurs à l'acte

202. Plan. Ces solutions nous paraissent pouvoir être expliquées par le fait que le contrôle de l'existence de la cause permettait, avant l'ordonnance de réforme du droit des contrats, d'écarter la force obligatoire des engagements inintelligibles La cause de l'engagement de celui qui fournit un avantage réside soit dans l'intérêt qu'il retire personnellement de son

467 Civ. 3e, 7 avril 1976, no 74-12.883, *Bull. civ.* III, no 144. Voir aussi : Civ. 1re, 6 janvier 1969, *Bull. civ.* I, no 8.

468 Voir aussi, en matière de qualification au sens du droit fiscal, relevant que la qualification de donation résulte du constat que la cession de parts sociales a été accomplie au prix de un euro chacune, bien inférieur à leur valeur vénale, et de la volonté manifeste des cédants « *de favoriser* [le cessionnaire, fils et frère des cédants] *au détriment d'autres membres de la famille* » : Com., 7 juillet 2021, n° 19-16.446, inédit ; *Dr. famille* 2021, comm. 156, comm. M. NICOD.

469 Civ. 3e, 20 novembre 1991, no 89-20.853, inédit ; Civ. 3e, 27 juin 2006, no 05-15.440, inédit.

engagement, soit dans l'intention bienfaisante qui l'anime à l'égard du bénéficiaire (a). Lorsque ces éléments n'apparaissent pas dans le contenu du contrat, notamment lorsque celui-ci comporte un engagement dépourvu de toute contrepartie, il est nécessaire de les rechercher à l'extérieur de celui-ci (b).

a) La cause, l'intelligibilité de l'acte et la présomption de motifs subjectifs intéressés ou bienfaisants

203. Plan. Le contrôle de l'existence de la cause constitue un contrôle de l'intelligibilité de l'acte par la recherche des motifs subjectifs, intéressés ou bienfaisants (i). Cette analyse doit s'étendre aux contrats de prêt et de dépôt, la cause de l'engagement du concédant se trouvant soit dans l'intérêt poursuivi, soit dans l'intention de préférer autrui à soi-même (ii).

i) Cas général

204. Le contrôle de l'existence de la cause avait, notamment, pour fonction d'assurer l'intelligibilité de l'engagement de chacune des parties. Cette intelligibilité résulte de l'intérêt de l'engagement pour celui qui le souscrit ou de son intention bienfaisante à l'égard de celui auquel l'engagement bénéficie. Il ne s'agit pas de revenir longuement sur la théorie de la cause, qui n'est pas l'objet principal de notre étude. Rappelons toutefois que le code civil de 1804 sanctionnait de nullité l'obligation « *sans cause, ou sur une fausse cause*[470] ». En d'autres termes, l'existence d'une cause pour les obligations des parties constituait une condition de validité du contrat. Les auteurs retiennent que cette disposition permettait au juge de contrôler la « *rationalité*[471] » de l'engagement, son « *utilité*[472] » pour celui qui le souscrit ou « *l'intérêt*[473] » de ce dernier.

470 Article 1131 ancien du code civil : « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*. »

471 Voir par exemple : F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil : les obligations*, 13e édition, Dalloz, 2022, no 403 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *JCP G* 2018, doctr. 529 ; D. MAZEAUD, note sous Com., 17 mai 2017, *D.* 2017. 1694.

472 Voir par exemple : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 17e édition, Sirey, 2022, no 450 ; G. WICKER, « La suppression de la cause dans le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015. 1557, nos 9 et 11 ; T. GENICON, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », *D.* 2015. 1551.

473 Voir par exemple : P. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, 16e édition, LexisNexis, 2021, no 341 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, 6e édition, PUF, 2021, no 626 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e édition, Dalloz, 2018, no 432.

205. Nous adhérons plus précisément à l'idée qu'il s'agit d'un contrôle de l'intelligibilité de l'engagement[474]. Est intelligible ce « *dont on peut saisir aisément la signification*[475] ». Exiger qu'un engagement soit intelligible signifie affirmer que la volonté « *doit être socialement comprise*[476] », elle doit « *présenter une logique visible de l'extérieur*[477] ». Il faut s'assurer que l'engagement n'est pas « *inconcevable*[478] ». Or, l'acte bienfaisant peut être qualifié d'irrationnel, d'inutile ou de désintéressé. Concevoir le contrôle de l'existence de la cause comme un contrôle de la rationalité de l'engagement en exclurait l'acte bienfaisant. Selon nous, l'acte bienfaisant est intelligible. Il n'est pas inconcevable, il est socialement compréhensible. L'appréhension des émotions des parties, notamment, permet de comprendre la volonté du concédant de préférer le bénéficiaire à lui-même[479].

206. Le contrôle de l'intelligibilité est opportun car la force obligatoire du contrat ne peut être conférée qu'à un engagement intelligible. Les contrats ont force obligatoire. Cela signifie que chacune des parties peut exiger de l'autre l'adoption d'un comportement conforme aux effets de droit qu'il produit[480]. Le cas échéant, chacune peut solliciter le concours de la force publique. Nous adhérons à l'idée, communément partagée, selon laquelle ce concours de la force publique n'est justifié que si l'acte est intelligible. Certains auteurs ont fait valoir que le contrôle de l'existence de la cause était inopportun car inutile. Le contrôle de l'erreur sur la cause serait suffisant. En contrôlant l'erreur sur la cause, c'est-à-dire la différence entre la représentation que le contractant avait de la contrepartie convenue et la contrepartie effectivement convenue, le droit protégerait suffisamment les contractants. Il serait injustifié, la force obligatoire reposant sur la seule volonté des parties. Ainsi, le seul constat de l'existence du consentement et de l'absence de vice suffirait à fonder la force obligatoire du contrat[481].

---

474 J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999, n° 121. Voir aussi : H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1985, n° 470.

475 *TLFi*, V° Intelligible, A, 2 : « *Dont on peut saisir aisément la signification, que l'on peut comprendre sans difficulté* ».

476 J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, *op. cit.* nbp n° 474, n° 121.

477 *Ibid*., n° 122 : « *Derrière cette exigence de rationalité, affleure en effet la nécessité que pour être socialement admise, la volonté doit être socialement comprise. La cause est alors marquée par le rôle qu'elle revêt, de vecteur entre une volonté subjective et une compréhension objective, d'intermédiaire qui imprime un minimum de rationalité à l'acte et permet aux tiers de le comprendre. Canal social de l'intention, elle permet à la volonté individuelle d'entrer dans le champ social, parce qu'elle opère la traduction d'un élément purement individuel en un élément compréhensible par la communauté sociale* »

478 P. GAIARDO, *Contribution à l'étude critique et comparée des théories du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2020, n^{os} 328-330.

479 Voir *supra*, n^{os} 124-125.

480 Sur la force obligatoire, voir *infra*, Seconde partie, Titre premier.

481 Voir par exemple : L. AYNÈS, « La cause, inutile et dangereuse », *Dr. & patr*. octobre 2014, p. 40 ; C. GRIMALDI, « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », *D*. 2015. 814. Voir encore,

207. Mais, avec la doctrine majoritaire, il faut retenir que la seule volonté est insuffisante à fonder l'engagement[482]. Le droit civil français est fondé sur un postulat de rationalité[483]. Il est inacceptable de conférer la force obligatoire du contrat à un acte irrationnel[484]. Si le droit tolère la force obligatoire du contrat à titre gratuit, ce n'est que par exception à ce principe, parce que la bienfaisance est intelligible, d'une part, et seulement lorsque le consentement des parties adopte une certaine forme, d'autre part. Lorsque l'engagement est incompréhensible, l'intérêt invoqué par celui qui se prétend créancier n'est pas suffisamment légitime pour fonder la force obligatoire. Il s'oppose à l'intérêt du concédant de ne pas être tenu d'exécuter un acte non motivé. Le droit ne peut contraindre un débiteur dont l'engagement est incompréhensible.

208. L'intelligibilité de l'engagement de celui qui fournit un avantage à autrui réside dans l'avantage qu'il retire personnellement de son engagement ou dans l'intention bienfaisante dont il est animé à l'égard du bénéficiaire. Un engagement est, selon nous, rendu intelligible par deux ensembles d'éléments. En premier lieu, l'engagement est intelligible lorsqu'il présente une utilité pour celui qui le souscrit, lorsque ce dernier en retire un intérêt. En second lieu, l'engagement est intelligible lorsqu'il est utile pour ou dans l'intérêt d'autrui et que celui qui le souscrit est animé par une intention bienfaisante envers cet autrui. S'il peut être soutenu que la bienfaisance est irrationnelle, elle n'est pas inintelligible[485]. En d'autres termes, il est « *concevable qu'une personne veuille contracter à titre gratuit*[486] ». La bienfaisance constitue donc un motif subjectif rendant intelligible l'acte qu'elle inspire. Or, la bienfaisance peut être présumée dans certaines situations objectivement identifiables : une relation

considérant que le contrôle de l'existence de la cause est superflu : P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.* nbp n° 487, n° 380.

482 Voir par exemple : F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp n° 471, n° 403 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, *op. cit.* nbp n° 472, n° 450 ; T. GENICON, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », *loc. cit.* nbp n° 472 ; T. GENICON, « L'acte abstrait en droit français après la réforme du droit des contrats : l'impossible consécration », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, p. 961, spéc. n° 22.

483 Voir *supra*, n°s 131-133 ; G. WICKER, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », *RTD civ.* 2021, p. 247.

484 Voir aussi, retenant qu' « *on doit pouvoir comprendre le contrat, pour répondre aux exigences du rationalisme, par l'intérêt recherché pour se conformer à celle de l'utilitarisme* » : J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, *op. cit.* nbp n° 474, n° 122.

485 Ce n'est pas la position de Mme Rochfeld. Celle-ci retient d'une part que l'intelligibilité ne repose pas nécessairement sur le rationnel, mais au moins sur le raisonnable : « *le raisonnable se suffit, en effet, d'une base minimale de conduite commune rendant l'interprétation de l'intention possible. Le raisonnable représente cette rationalité pratique, propre à un contexte et une société donnés* » (J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat, op. cit.* nbp n° 474, n° 126. D'autre part, elle considère que l'acte gratuit est irrationnel, en définissant sa cause comme « *une recherche non rationnelle d'une contrepartie relationnelle et imprévisible* » (*ibid.*, n° 99).

486 P. GAIARDO, *Contribution à l'étude critique et comparative des théories du contrat*, *op. cit.* nbp n° 478, n° 360.

d'affection entre concédant et bénéficiaire, d'une part, ou une œuvre d'intérêt général menée par le bénéficiaire, d'autre part.

ii) Prêt et dépôt

209. La jurisprudence et la doctrine majoritaire retiennent que dans les contrats de prêt et de dépôt, seule importe la cause de l'engagement de restitution de l'emprunteur et du dépositaire, et celle-ci réside dans la remise de la chose[487]. Cette conception nous paraît peu conforme aux suppositions susceptibles d'être émises quant aux motifs des parties et peu féconde.

210. Dans les contrats de service, la cause dont l'existence doit être recherchée est celle de l'engagement de celui qui fournit un service à l'autre. Sont habituellement désignés sous le terme de contrats de services gratuits les contrats gratuits nommés autres que la donation, c'est-à-dire le prêt, le dépôt et le mandat. Toutes ces opérations ont en commun qu'une partie s'engage aux fins de rendre un service à autrui. Leur intelligibilité réside dans l'existence de la cause de l'engagement de celui qui fournit le service. La cause de l'engagement du concédant réside soit dans l'intérêt poursuivi par celui-ci, soit dans la bienfaisance de celui-ci envers le bénéficiaire.

211. C'est ainsi dans l'une de ces deux hypothèses qu'il faut rechercher la cause de l'engagement du prêteur. Celui qui concède la jouissance de son bien contre rémunération, le bailleur, s'engage en vue de percevoir un loyer du locataire. La mise à disposition du bien constitue la fourniture d'un service, qui trouve sa contrepartie dans le loyer. De même, la prestation caractéristique du contrat de prêt est la mise à disposition du bien[488], ou *praestare*[489]. La cause de l'engagement du prêteur réside donc soit dans l'utilité qu'il en retire, soit dans son

487 Com., 30 janvier 2001, n° 07-17.784, *Bull. civ.* IV, n° 26 (cause de l'engagement du dépositaire) ; Civ. 1re, 19 juin 2008, n° 06-19.056, *Bull. civ.* I, n° 175 ; *Contrats, conc., consom.* 2008, comm. 255, obs. L. LEVENEUR ; *D.* 2009. 1044, obs. D. R. MARTIN et H. SYNVET ; *D.* 2009. 2555, chron. F. CHÉNEDÉ ; *RDC* 2009, p. 183, note P. PUIG ; *Defrénois* 2008, p. 1967, obs. É. SAVAUX (« cause du contrat » de prêt réel) ; Civ. 1re, 19 juin 2008, n° 06-19.753, *Bull. civ.* I, n° 174 ; *D.* 2008. 2369, chron. C. CRETON ; *JCP G* 2008. II. 10150, note A. CONSTANTIN ; *Defrénois* 2008, p. 1967, note É. SAVAUX ; *RDC* 2008, p. 1129, obs. Y.-M. LAITHIER ; *D.* 2009. 1044, obs. D. R. MARTIN et H. SYNVET ; *D.* 2009. 2555, chron. F. CHÉNEDÉ ; Civ. 1re, 29 juin 2022, n° 21-15.082, *Bull.*, p. 406 ; *JCP E* 2022, n° 1298, note J.-D. PELLIER ; *LEDC* septembre 2022, p. 6, obs. G. CATTALANO ; *D.* 2022. 1584, note J. FRANÇOIS ; *ibid.* 2023. 254, chron. R. BOFFA ; *ibid.* 2023. 909, chron. I. KLODA (cause de l'obligation de restitution de l'emprunteur dans le prêt consensuel consenti par un professionnel du crédit).
En doctrine, voir par exemple : M. FABRE-MAGNAN, *Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.* nbp n° 473, n° 634 ; J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n° 591.

488 R. LIBCHABER, note sous Civ. 1re, 27 novembre 2001, *Defrénois* 2002, p. 259.

489 F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. GHOZI, Economica, 2008, n° 171 ; F. CHÉNEDÉ, « La cause de l'obligation dans le contrat de prêt réel et dans le contrat de prêt consensuel », *D.* 2008. 2555, n° 15 ; G. CATTALANO-CLOAREC, *Le contrat de prêt*, préf. G. Loiseau, LGDJ-Lextenso, 2015, n° 196-198.

intention bienfaisante à l'égard de l'emprunteur[490]. Rechercher la cause de l'obligation de restitution de l'emprunteur est inutile[491].

212. La cause de l'engagement du dépositaire résulte encore de la rémunération due par le déposant, de la poursuite d'un intérêt extérieur au contrat ou d'une intention bienfaisante envers le déposant. Le dépôt a pour objet la fourniture d'un service consistant dans la garde puis la restitution de la chose par le dépositaire[492]. Dès lors, c'est la cause de l'obligation de garde du dépositaire qu'il s'agit de rechercher lorsque l'on s'interroge sur l'intelligibilité de l'engagement du concédant. Si une contrepartie est prévue, l'engagement du dépositaire sera motivé par l'intention d'obtenir cette contrepartie. Si aucune contrepartie n'est prévue, le dépositaire peut avoir été motivé par la recherche d'un intérêt extérieur au contrat ou par l'intention bienfaisante de préférer le déposant à lui-même.

b) La recherche des motifs subjectifs dans l'engagement dépourvu de contrepartie

213. L'acte pourvu d'une contrepartie non dérisoire est intelligible parce que la constatation d'un élément objectif, la contrepartie, permet de présumer un motif subjectif, l'intention d'obtenir cette contrepartie. L'existence d'une contrepartie convenue permet de présumer que le motif poursuivi par celui qui s'engage réside dans l'obtention de cette contrepartie[493]. Un élément objectif, l'existence d'une contrepartie, fait présumer le motif subjectif. On peut ainsi parler de « *motif subjectif objectivé*[494] ». Autrement dit, la cause

490 F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp n° 471, n° 414 ; P. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, *op. cit.* nbp n° 473, n° 346 ; F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé*, *op. cit.* nbp n° 489, n^{os} 192-193 ; F. CHÉNEDÉ, « La cause de l'obligation dans le contrat de prêt réel et dans le contrat de prêt consensuel », *loc. cit.* nbp n° 489, n^{os} 14-15. *Adde.* J. FRANÇOIS, note sous Com., 7 avril 2009, *Defrénois* 2009, art. 39014, p. 1942, n° 10 ; J. ROCHFELD, « Cause », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juillet 2022, n° 34 ; G. CATTALANO-CLOAREC, *Le contrat de prêt*, *op. cit.* nbp n° 489, n° 98.

491 La recherche de la cause n'est pas nécessaire pour retenir que l'emprunteur n'est pas tenu de restituer la chose qui ne lui a pas été remise. Dans l'hypothèse du prêt réel, en l'absence de remise, le contrat n'est pas formé et il n'est pas nécessaire d'en demander l'annulation. Dans le prêt consensuel, le refus d'exécution forcée de l'obligation de restitution peut s'appuyer sur l'exception d'inexécution voire sur le mécanisme de la condition (F. CHÉNEDÉ, « La cause de l'obligation dans le contrat de prêt réel et dans le contrat de prêt consensuel », *loc. cit.* nbp n° 489, n° 6). De plus, il s'agit d'une déformation de la notion de cause. Si la cause est la raison pour laquelle une personne s'engage, l'emprunteur s'oblige à restituer la chose non pour en obtenir simplement la remise, mais plus précisément pour bénéficier de sa mise à disposition pendant la durée du prêt.

492 F. CHÉNEDÉ, « La cause de l'obligation dans le contrat de prêt réel et dans le contrat de prêt consensuel », *loc. cit.* nbp n° 489, n° 12 ; R. LIBCHABER, note sous Civ. 1re, 27 novembre 2001, *loc. cit.* nbp n° 488 ; G. CATTALANO-CLOAREC, *Le contrat de prêt*, *op. cit.* nbp n° 489, n^{os} 90-95 ; J. ROCHFELD, « Cause », *loc. cit.* nbp n° 490, n° 34.

493 Voir notamment J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, *op. cit.* nbp n° 474, n° 87 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français*, *op. cit.* nbp n° 474, n° 470.

494 P. GAIARDO, *Contribution à l'étude critique et comparée des théories du contrat*, *op. cit*. nbp n° 478, n^{os} 284-303.

objective, la contrepartie, est prise en compte parce qu'elle permet de présumer l'existence d'une cause subjective, l'intention d'obtenir la contrepartie.

214. Dans l'acte dépourvu de contrepartie, le contenu est insuffisant pour rendre intelligible l'engagement du concédant. Dans un acte dépourvu de contrepartie, aucun élément intrinsèque ne permet de présumer un motif subjectif chez le concédant. Par exemple, quand l'acte a pour seul objet la transmission de la propriété d'un bien de l'une à l'autre sans contrepartie, cet objet ne permet pas de deviner le motif subjectif chez l'auteur du transfert de propriété. Si l'on se limite au contenu du contrat, l'engagement du concédant est inintelligible. Certains auteurs retiennent pourtant que la seule conscience et intention de se dépouiller sans contrepartie, l'intention de procurer un avantage à l'autre partie, constitue la cause de l'engagement du concédant[495]. Cependant, le seul constat de l'intention de se dépouiller n'explique pas pourquoi le concédant s'est engagé, ne rend pas son acte intelligible. En d'autres termes, il s'agit d'« *une tautologie, car elle revient à dire que le donateur donne parce qu'il veut donner, ce qui n'explique rien. La vérité c'est que, pour connaître la cause d'une donation, il faut se demander* pourquoi *le donateur l'a faite*[496] ». La seule intention de conclure un acte qui avantage autrui ne suffit pas à le rendre intelligible. En d'autres termes, en l'absence de contrepartie, aucune cause objective interne à l'acte ne permet de le rendre intelligible.

215. Il est dès lors nécessaire d'aller chercher en dehors du champ contractuel un élément objectif permettant de présumer les motifs subjectifs du concédant et de rendre intelligible son engagement. La recherche, certes menée en dehors du champ contractuel, est néanmoins délimitée. L'élément objectif permettant de présumer les motifs subjectifs peut être de deux natures. D'une part, il peut résider dans un avantage matériel extérieur à l'acte. Par exemple, le prêt de caddie par un supermarché est motivé par l'avantage attendu des achats accomplis par le client dans le supermarché. Un tel avantage constitue un élément objectif permettant de présumer l'existence d'un motif subjectif, qui réside dans l'intention d'obtenir cet avantage. Il rend donc intelligible l'acte sans contrepartie, ou pourvu d'une contrepartie dérisoire. D'autre part, l'acte dépourvu de contrepartie suffisante peut être rendu intelligible par l'intention bienfaisante. La relation entre concédant et bénéficiaire et l'œuvre menée par ce dernier constituent des éléments objectifs permettant de présumer l'existence d'un motif

495 Voir *supra*, n^os^ 73, 81, 85-86.

496 A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 2, Dalloz, 1915, n^o^ 318. Voir aussi, retenant que la conception objective de l'intention libérale « *ne permet* [pas] *de contrôler* […] *l'existence de la cause* » (P. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, *op. cit.* nbp n^o^ 473, n^o^ 349) ou alors seulement un « *contrôle purement formel* » (F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et P. SIMLER, *Droit civil : les obligations*, 11^e^ édition, Dalloz, 2013, n^o^ 349).

subjectif, la bienfaisance, qui rend intelligible l'engagement du concédant. Autrement dit, en présence d'un acte dépourvu de contrepartie ou pourvu d'une contrepartie faible, il est toujours nécessaire de rechercher la cause subjective.

216. L'inintelligibilité de l'engagement est opposable au bénéficiaire. Le concours de la puissance publique attaché à la force obligatoire des contrats doit être réservé aux actes intelligibles. L'intérêt particulier de celui dont l'engagement serait inintelligible l'impose. Et l'intérêt du bénéficiaire envers lequel quelqu'un aurait souscrit un engagement inintelligible n'est pas suffisant pour justifier sa force obligatoire. Le bénéficiaire peut déterminer si un engagement est intelligible ou non[497]. Soit les motifs subjectifs du concédant résultent de la relation entretenue par le concédant et le bénéficiaire, auquel cas ce dernier en a nécessairement connaissance. Soit ceux-ci résultent de la poursuite d'un intérêt extérieur à l'acte par le concédant, et il est équitable d'imposer au bénéficiaire, qui retire un avantage de l'opération sans fournir de contrepartie équivalente, de s'interroger sur ces motifs. L'inintelligibilité de l'engagement résultant de l'absence d'élément objectif interne ou externe à l'acte permettant de présumer les motifs subjectifs du concédant est ainsi opposable au bénéficiaire. La Cour de cassation, sous l'empire du code civil de 1804, prenait donc en considération les motifs afin d'exercer un contrôle de l'intelligibilité de l'engagement. Ce contrôle, et la prise en compte des motifs, doivent être maintenus malgré la suppression de la cause par l'ordonnance de réforme du droit des contrats du 10 février 2016.

B. LES MOTIFS DANS LE CONTRÔLE DE L'INTELLIGIBILITÉ DE L'ENGAGEMENT APRÈS L'ORDONNANCE DU 10 FÉVRIER 2016

217. L'ordonnance de réforme n'entendait pas modifier les solutions du droit positif. La suppression de la cause a été justifiée par une volonté de rendre le droit français des contrats plus accessible, la notion de cause étant décrite comme complexe, exerçant plusieurs fonctions distinctes et absente des droits étrangers. Ainsi, selon le rapport au Président de la République, il ne s'agit que d'une « *disparition formelle* », les fonctions traditionnellement exercées par la

497 En d'autres termes, à le supposer existant, le motif subjectif rendant intelligible l'engagement du concédant est partagé par le bénéficiaire, il « *participe objectivement de la finalité profonde du contrat, de son économie* » : T. GENICON, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », *in* W. DROSS et T. FAVARIO (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & martin, 2014, p. 181 s., spéc. p.219. Le bénéficiaire a donc connaissance de son existence, ou, le cas échéant, de son absence.

cause ayant été maintenues dans divers articles du code civil. Cette analyse a été confortée par les débats parlementaires de la loi de ratification de l'ordonnance de réforme[498]. Et la doctrine majoritaire retient également que les nouveaux textes du code civil permettent de maintenir la fonction antérieurement exercée par le contrôle de l'existence de la cause[499].

218. Pourtant, en supprimant la cause, elle a menacé le contrôle de l'intelligibilité de l'engagement. Avant l'ordonnance de réforme, aucun lien n'était établi entre la qualification gratuite ou onéreuse du contrat et le contrôle de l'existence de la cause. En d'autres termes, le contrôle de l'existence de la cause ne variait pas selon que le contrat était qualifié de gratuit ou d'onéreux. La réforme a modifié les dispositions portant la fonction qu'exerçait antérieurement le contrôle de l'existence de la cause dépendent des qualifications de contrat à titre onéreux et de libéralité. Les contrats à titre onéreux, définis comme les actes dans lesquels « *chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure*[500] », sont nuls lorsque « *la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire*[501] ». Dans les contrats à titre gratuit, actes dans lesquels « *l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie*[502] », il peut y avoir nullité en cas d'« *erreur sur le motif d'une libéralité*[503] ». En d'autres termes, les contrats pourvus d'une contrepartie font l'objet du seul contrôle de l'existence d'une cause objective, leur cause subjective n'étant pas recherchée. Les contrats dépourvus de contrepartie sont exclus de tout contrôle de la cause, à l'exception des libéralités, soumises au contrôle de l'erreur sur les motifs.

219. Les nouveaux textes ne permettent pas d'annuler les engagements inintelligibles, c'est-à-dire les engagements dépourvus de contrepartie et d'intérêt extérieur au contrat ou d'élément permettant de présumer la bienfaisance. En application des nouveaux textes, le contrat par lequel une partie souscrit un engagement dépourvu de contrepartie doit être qualifié de contrat à titre gratuit. Cette qualification l'exclut du contrôle du caractère illusoire ou dérisoire de la contrepartie. Cette exclusion n'est pas compensée par l'existence d'un contrôle de l'erreur sur le motif d'une libéralité. D'une part, certains contrats dépourvus de contrepartie ne constituent pas des libéralités. Les donations constituent des libéralités mais non

498 O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *loc. cit.* nbp n° 471, n° 12.

499 *Ibid.* ; F. CHÉNEDÉ, « La cause est morte… vive la cause ? », *Contrats, conc., consom.* 2016, dossier 4 ; G. WICKER, « La suppression de la cause dans le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *loc. cit.* nbp n° 472, n°s 12 et 37 ; D. MAZEAUD, note sous Com., 17 mai 2017, *D.* 2017. 1694.

500 Article 1107 alinéa 1er du code civil.

501 Article 1169 du code civil.

502 Article 1107 alinéa second du code civil.

503 Article 1135 alinéa second du code civil.

les contrats de services gratuits[504]. D'autre part, l'erreur sur les motifs ne permet pas le contrôle de l'intelligibilité de l'engagement. En l'absence de tout motif, le contrat ne peut être annulé pour erreur sur les motifs. Le contrat dépourvu de contrepartie et de tout élément objectif indiquant le motif du concédant, ne relève pas de l'erreur sur les motifs, mais de l'absence totale de motif. Il en ressort que, par une application littérale des nouveaux textes, le contrat inintelligible doit être jugé valable car qualifié de contrat à titre gratuit.

220. Les nouveaux textes font encourir la nullité à certains engagements intelligibles : les contrats comportant une contrepartie dérisoire, mais rendus intelligibles par la recherche d'un intérêt extérieur ou d'un élément objectif permettant de présumer une intention bienfaisante. Il s'agit notamment des contrats à prix symbolique ou de la donation avec charge. Dotés d'une contrepartie, ces contrats devraient être qualifiés de contrats à titre onéreux. Cette contrepartie étant dérisoire, ils encourent la nullité. Pourtant, ces contrats sont intelligibles si l'on recherche un intérêt extérieur au contrat ou un élément permettant de présumer l'intention bienfaisante. Une application littérale des nouveaux articles est, là aussi, insatisfaisante : elle fonde la nullité d'engagements pourtant intelligibles.

221. Le contrôle de l'intelligibilité de l'engagement du concédant ne peut être préservé que par une interprétation des nouveaux articles éloignée de leur texte. Nous pourrions préconiser une réécriture des textes du code civil. Une modification législative étant très hautement improbable, cette entreprise nous paraît inutile. Peuvent néanmoins être proposées des pistes d'interprétation des nouveaux textes, et notamment des définitions des contrats à titre gratuit et onéreux et de la notion de contrepartie. Ces interprétations sont très éloignées de la lettre des textes mais nous paraissent susceptibles de guider les juges chargés de les appliquer.

222. Pour préserver la sanction des engagements inintelligibles, il faut retenir que les contrats doivent être qualifiés de contrats à titre onéreux par principe, sauf si l'intention bienfaisante est caractérisée. La seule règle exerçant la fonction du contrôle de l'existence de la cause est celle qui prévoit la nullité des contrats à titre onéreux lorsque la contrepartie est illusoire ou dérisoire. Pour qu'un engagement inintelligible puisse être annulé, il doit entrer dans le champ d'application de cette règle. Le contrat qui le comporte doit donc être qualifié de contrat à titre onéreux. Le contrat dépourvu de toute contrepartie doit pouvoir être qualifié de contrat à titre onéreux.

504 Article 893 du code civil : « *La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne. Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament*. »

223. Il s'agit d'une interprétation éloignée des termes du nouvel article 1107 du code civil, selon lequel « *chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure*[505] ». Il peut être retenu que tout contrat est par principe à titre onéreux, sauf preuve de sa gratuité. En conséquence, tous les contrats autres que ceux dont le motif bienfaisant a été établi doivent être qualifiés de contrats à titre onéreux, peu important qu'ils comprennent ou non une contrepartie, et nuls sur le fondement de l'absence de contrepartie ou de son caractère dérisoire ou illusoire.

224. Pour écarter la sanction des engagements dont la contrepartie est illusoire ou dérisoire mais rendus intelligibles par l'existence d'un avantage extérieur au contrat espéré par le concédant, il y a lieu d'interpréter largement la notion de contrepartie. Il faut, en effet, admettre que « *la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage*[506] » peut résider dans un intérêt extérieur à l'acte[507]. Le contrat comportant un engagement sans contrepartie doit être qualifié de contrat à titre onéreux si le concédant poursuit un intérêt extérieur à l'acte. Et le contrat comportant un engagement pourvu d'une contrepartie dérisoire ou illusoire est valable malgré cette contrepartie dérisoire ou illusoire si le concédant poursuit un intérêt extérieur à l'acte. En d'autres termes, l'intérêt extérieur à l'acte doit être pris en considération dans l'appréciation de l'existence et du caractère illusoire ou dérisoire de la contrepartie.

225. Et pour écarter la sanction des engagements dont la contrepartie est illusoire ou dérisoire, mais rendus intelligibles par l'existence d'une situation de bienfaisance, il doit être qualifié de contrat à titre gratuit même en présence d'une contrepartie illusoire ou dérisoire. Il faut juger que le contrat comportant une contrepartie illusoire ou dérisoire constitue bien un acte dans lequel « *l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie*[508] ». Le contrôle de l'intelligibilité de l'engagement exercé par les

505 Article 1107 alinéa premier du code civil.

506 Article 1169 du code civil.

507 Voir ainsi, jugeant que les textes peuvent être interprétés en ce sens : G. WICKER, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », *RTD civ.* 2021, p. 247 et s., n° 21.
Voir aussi, retenant que le contrôle de l'existence de la contrepartie permet de vérifier l'existence d'un gain de Pareto. Cette existence repose sur le critère suivant : « *pour juger si une économie s'est améliorée à la suite d'un changement, on dit qu'il y a gain lorsque chaque personne, à la suite du changement, se trouve, dans la même situation ou dans une meilleure situation* » : D. RASANDRATANA, « Essai d'une analyse économique de la notion de contrepartie en droit des contrats », *RTD com.* 2021, p. 1. Cette analyse permet un contrôle de l'intelligibilité de l'engagement si l'appréciation de l'amélioration de la situation de chacune des parties prend en considération, au-delà du seul avantage reçu de l'autre partie, l'ensemble des avantages attendus par le concédant intéressé, ainsi que « *l'intérêt moral* » que le concédant bienfaisant retire de l'acte. Sur cette introduction de l'altruisme en économie, voir *supra*, n° 111.

508 Article 1107 alinéa second du code civil.

juridictions avant l'ordonnance de réforme doit être maintenu, mais au prix d'interprétations libres des nouveaux textes. Ce contrôle, rendu nécessaire par l'exigence que seuls les engagements intelligibles se voient doter de la force obligatoire, suppose la prise en compte des motifs. Seules les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité en sont exclues.

§2. L'EXCEPTION : L'ABSENCE DE CONTRÔLE DE L'INTELLIGIBILITÉ DES OPÉRATIONS IMPLIQUANT UN TIERS AU RAPPORT DE GRATUITÉ

226. Si en principe les motifs du concédant sont pris en compte en droit positif pour distinguer l'engagement intéressé de l'engagement bienfaisant, les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité font figure d'exception. Nous avons soutenu que les engagements devaient être soumis à un contrôle de leur intelligibilité et que ce contrôle supposait la prise en compte des motifs. Il ressort du droit positif que les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité ne sont pas soumises au contrôle de l'intelligibilité de l'engagement et qu'elles ne donnent pas lieu à une recherche des motifs.

227. Nous désignons par le terme *opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité* la catégorie des actes par lesquels le concédant procure un avantage au bénéficiaire en s'engageant à l'égard d'une personne qui n'est ni concédante ni bénéficiaire ou en recevant l'engagement de cette dernière. Certains auteurs ont identifié une catégorie intitulée opérations à trois personnes[509]. Nous lui préférons une autre catégorie qui nous paraît plus pertinente pour l'appréhension des motifs en particulier et de la gratuité en général. Il s'agit des opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité. Dans ces opérations, une personne, le concédant, procure un avantage à un bénéficiaire en s'engageant envers une autre, le tiers au rapport de gratuité. En effet, la catégorie des opérations à trois personnes est trop étroite : elle exclut notamment le cautionnement et par extension les sûretés pour autrui[510]. Elle est également trop large en ce qu'elle inclut des opérations telles que la cession de créance, de dette ou de contrat. Ainsi qu'il sera soutenu ultérieurement, ces opérations ne nous paraissent pas impliquer de tiers au rapport de gratuité[511].

509 Voir par exemple : C. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, th. Bordeaux, 1968, n° 7 ; L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984.

510 C. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, th. Bordeaux, 1968, n° 7. Voir aussi : L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984.

511 Voir *infra*, n^{os} 640, 649-650.

228. C'est un lieu commun que de dire que les opérations à trois personnes suscitent des difficultés quant à la détermination de leur cause. Un aspect de cette complexité réside dans le fait que ces opérations peuvent être employées par une partie pour agir non dans son intérêt, mais à l'avantage d'autrui. Ainsi, le concédant peut s'engager envers un tiers au rapport de gratuité afin de procurer un avantage au bénéficiaire. Si l'on prend l'exemple du cautionnement gratuit, la caution s'engage envers le créancier, tiers au rapport de gratuité, afin de procurer un avantage au débiteur principal, bénéficiaire. Se pose alors la question de savoir s'il convient de contrôler l'intelligibilité de l'engagement du concédant et si, le cas échéant, ses motifs peuvent être pris en compte dans l'exercice de ce contrôle.

229. Alertons enfin sur une possible ambiguïté. En matière de régime général de l'obligation et de droit des sûretés, le terme « bénéficiaire » peut être employé pour désigner le créancier de l'opération, c'est-à-dire le créancier envers lequel s'engage le garant dans la sûreté pour autrui ou le délégataire dans la délégation. Dans notre vocabulaire, le terme « bénéficiaire » désigne la personne à laquelle l'opération a pour finalité de rendre service. Nous prendrons, pour chaque opération, le cas le plus habituel. Par exemple, nous désignerons par le terme de bénéficiaire, dans le cautionnement, le débiteur principal, tandis que le créancier sera désigné par le terme de tiers au rapport de gratuité.

230. Plan. Dans les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité, l'engagement du concédant, qui ne reçoit aucune contrepartie, n'est rendu intelligible que par la recherche d'éléments extrinsèques (A.). La jurisprudence, en refusant la prise en considération de ces éléments extrinsèques, exclut tout contrôle de l'intelligibilité de l'engagement du concédant, ce qui peut être justifié, en opportunité, par l'impératif de protection du tiers au rapport de gratuité (B.).

A. L'extériorité des motifs
B. L'exclusion du contrôle de l'intelligibilité

A. L'EXTÉRIORITÉ DES MOTIFS

231. Les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité sont nombreuses. On peut inclure dans cette catégorie les effets de commerce[512] ou certaines opérations sociétaires

512 L'effet de commerce est défini comme un « *titre négociable qui constate au profit du porteur l'engagement de payer une somme d'argent* » (R. BONHOMME et M. ROUSILLE, *Instruments de crédit et de paiement : introduction au droit bancaire*, 13e édition, LGDJ, 2019, nos 97-99). La catégorie comprend

telles que l'apport surévalué ou sous-évalué[513], la renonciation au droit préférentiel de souscription ou la fixation d'une prime d'émission sous-évaluée ou surévaluée[514], le vote de la mise en réserve des bénéfices par un usufruitier[515] ou la modification de la répartition des dividendes[516]. Par souci de clarté, nous limiterons nos développements à trois exemples : les sûretés pour autrui, la stipulation pour autrui et la délégation.

---

les lettres de change et les billets à ordre, sur lesquels peut être porté un aval : articles L. 511-1 à L. 511-81 et L. 512-1 à L. 512-8 du code de commerce. Elle inclut également le chèque : articles L. 131-1 à L. 131-87 du code monétaire et financier. À proprement parler, le concédant ne s'engage pas dans chacune de ces opérations envers un tiers au rapport de gratuité. L'émission d'un billet à ordre sans contrepartie, par exemple, n'intéresse immédiatement que le concédant et le bénéficiaire. Il en va de même de la transmission d'un effet de commerce sans contrepartie. Mais l'avantage reçu par le bénéficiaire de la constitution d'un billet à ordre ou de la transmission d'un billet à ordre ou d'un autre effet de commerce a vocation à circuler par simple voie d'endossement, c'est-à-dire par l'apposition d'une signature sur le titre. Les effets de commerce constituant des titres négociables, ils ont vocation à être cédés à des tiers par leurs porteurs. Toute opération ayant pour objet un effet de commerce implique donc potentiellement des tiers. Elle peut être qualifiée d'opération impliquant un tiers au rapport de gratuité.

513 Voir ainsi, pour la constitution d'une société dont la répartition des parts ne reflète pas les apports effectifs : Civ. 3e, 7 avril 1976, nº 74-12.883, *Bull. civ.* III, nº 144 ; Civ. 1re, 10 mai 2007, nº 05-21.011, *Bull. civ.* I, nº 173 ; *RDC* 2007, p. 1165, note A. BÉNABENT ; *RJPF* 2007, p. 28, note S. VALORY ; *JCP N* 2007, p. 27, note J.-P. GARÇON ; Civ. 1re, 1er février 2017, nº 15-26.078, inédit.

514 Le droit préférentiel de souscription est, lors d'une augmentation de capital, le « *droit de priorité pour souscrire aux actions nouvelles, proportionnellement au montant de leurs actions* » (M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 35e édition, LexisNexis, 2022, nº 1422). Dans toutes ces hypothèses, le donateur finance totalement ou partiellement l'acquisition des titres du bénéficiaire ou l'augmentation de la valeur de titres existants détenus par le bénéficiaire. Voir aussi : R. MORTIER et R. GENTILHOMME, « La société : technique de gratification », *JCP N* 2014, p. 1334 ; J.-P. GARÇON, « Technique sociétaire et libéralité indirecte », *in Mélanges en l'honneur de Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 429 ; P. NABET, « Les feux de l'amour en droit des sociétés ou l'instrumentalisation de la société par la famille », *in L'effervescence du droit des affaires au XXIe siècle. Mélanges en l'honneur du Professeur Arlette Martin-Serf*, Bruylant, 2022, p. 260. Voir ainsi, retenant que la renonciation à un droit préférentiel de souscription à l'occasion d'une augmentation de capital est une donation indirecte : Civ. 1re, 2 décembre 1981, nº 80-15.972, *Bull. civ.* I, nº 363 ; *Defrénois* 1983, art. 33056, p. 571, note H. HONORAT. Voir aussi, censurant la cour d'appel ayant retenu la donation indirecte au motif que la cour d'appel n'a pas établi l'existence d'un droit préférentiel de souscription auquel l'associé aurait renoncé : Civ. 3e, 13 octobre 2016, nº 15-13.382, inédit ; *La revue fiscale du patrimoine*, mars 2017, p. 33, comm. H. HOVASSE ; *Dr. sociétés* 2017, comm. 94, comm. R. MORTIER.

515 La Cour de cassation a jugé que : « *les bénéfices réalisés par une société ne participent de la nature des fruits que lors de leur attribution sous forme de dividendes, lesquels n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes de l'exercice par l'assemblée générale, la constatation par celle-ci de l'existence de sommes distribuables et la détermination de la part qui est attribuée à chaque associé ; qu'il s'ensuit qu'avant cette attribution, l'usufruitier des parts sociales n'a pas de droit sur les bénéfices et qu'en participant à l'assemblée générale qui décide de les affecter à un compte de réserve, il ne consent aucune donation au nu-propriétaire* » : Com., 10 février 2009, nº 07-21.806, *Bull. civ*. IV, nº 19 et Com., 10 février 2009, nº 07-21.807, inédit ; *D.* 2009. 560, obs. A. LIENHARD ; *ibid.* 1512, note V. BARABÉ-BOUCHARD ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 71, comm. R. MORTIER ; *JCP E* 2009, nº 1287, note H. HOVASSE ; *BJS* 2009, p. 699, note S. TORCK. Voir aussi Com., 18 décembre 2012, nº 11-27.745, *Bull. civ*. IV, nº 230 et Com., 18 décembre 2012, nos 11-27.741, 11-27.742, 11-27.743, 11-27.744, inédits, cités nbp suivante.

516 La répartition des bénéfices est en principe proportionnelle à la répartition des titres et donc à la valeur des apports respectifs de chacun des associés. Mais les associés peuvent voter une répartition qui ne respecte pas ces proportions. Par exemple, dans une société où les deux associés ont, par leurs apports, contribué à égalité au capital social et détiennent chacun la moitié des titres, il peut être voté que les dividendes distribués reviendront à 90 % à l'un et à 10 % à l'autre. Le second aura ainsi procédé à un vote

232. Dans les sûretés pour autrui, le garant, concédant, s'engage envers le créancier, tiers au rapport de gratuité, afin de procurer un avantage au débiteur principal, bénéficiaire. Les sûretés sont des contrats par lesquels un droit est accordé au créancier d'une dette préexistante afin de lui garantir qu'il obtiendra du débiteur ou d'un tiers une valeur égale ou inférieure au montant de sa créance. Il peut s'agir d'offrir au créancier un droit sur un bien en garantie de la créance – une sûreté réelle[517] – ou un droit de poursuite contre une personne autre que le débiteur – une sûreté personnelle[518]. Les sûretés qui nous intéressent sont celles dans lesquelles une personne est susceptible de procurer un avantage bienfaisant ou intéressé à une autre. Habituellement, la sûreté est consentie dans l'intérêt du débiteur principal : la garantie facilite l'obtention d'un crédit ou lui permet d'en négocier des conditions favorables[519]. Les sûretés dans lesquelles un concédant s'engage dans l'intérêt d'un bénéficiaire tiers peuvent être désignées par le terme de sûretés pour autrui[520]. Cette catégorie ne constitue pas une grille d'analyse habituellement utilisée en droit des sûretés. Les auteurs lui préfèrent des développements sur ses deux composantes : d'une part, les sûretés personnelles, et notamment le cautionnement, modèle des sûretés personnelles, qui sont par essence constituées en garantie de la dette d'autrui, et d'autre part, les sûretés réelles pour autrui, également appelées cautionnement réel[521]. Nous utiliserons néanmoins cette catégorie en ce qu'elle permet, au sein

---

procurant un avantage manifeste au premier.
La Cour de cassation a toutefois refusé de qualifier un tel acte de donation : Com., 18 décembre 2012, n° 11-27.745, *Bull. civ.* IV, n° 230 et Com., 18 décembre 2012, n°s 11-27.741, 11-27.742, 11-27.743, 11-27.744, inédits ; *Dr. fisc*. 2013, comm. 261, note M. LE TACON ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 44, comm. H. HOVASSE ; *JCP E* 2013, n° 1702, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; *BJS* 2013, p. 176, note D. PORACCHIA et J. GASBAOUI ; *RDC* 2013, p. 1015, obs. C. GOLDIE-GENICON ; *La revue fiscale du patrimoine* 2013, p. 31, obs. R. MORTIER ; *JCP N* 2013, p. 1010, note J.-P. GARÇON ; *Rev. sociétés* 2013, p. 203, note H. LE NABASQUE ; *D*. 2013. 2242, note V. BRÉMOND ; *RTD com.* 2013, p. 165, note P. NEAU-LEDUC ; *D.* 2013. 2729, note J.-C. HALLOUIN.

517 Article 2323 du code civil.

518 P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, 8e édition, Dalloz, 2023, n° 2.

519 La sûreté peut également constituer un service gratuit pour le créancier : P. SIMLER, *Cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 5e édition, LexisNexis, 2015, n°s 15, 589. Cette hypothèse étant plus marginale, nous l'excluons de nos développements.

520 J. CRASTRE, *La* summa divisio *des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui*, th. Paris I, 2020, n° 7.

521 Article 2325 du code civil : « *La sûreté réelle conventionnelle peut être constituée par le débiteur ou par un tiers.* » Voir aussi : Y. PICOD et J.-J. ANSAULT, *Droit des sûretés*, 4e édition, PUF, 2022, p. 44 ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, *op. cit.* nbp n° 518, n°s 71-75 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 12e édition, LexisNexis, 2022, n°s 411-414 ; M. BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, 7e édition, Dalloz, 2020, n° 1271 ; J.-J. ANSAULT, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois, 2009 ; P. SIMLER, « Le cautionnement réel est réellement - aussi - un cautionnement », *JCP G* 2001. I. 367 ; O. GOUT, « Le cautionnement réel », *in* L. ANDREU et M. MIGNOT (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Éditions de l'Institut Universitaire Varenne, 2019, p. 93 ; P. SIMLER, « Réforme des sûretés : sûreté réelle constituée par un tiers, renaissance du cautionnement réel ? », *JCP N* 2021, p. 1339 ; M. TOTA, « Le nouveau régime juridique du cautionnement réel : entre révolution et imperfections », *RLDC* décembre 2021, p. 24 ; D. HOUTCIEFF, « La sûreté réelle pour autrui », *RDC* décembre 2021, p. 115 ; J.-J. ANSAULT, « Le cautionnement réel », *Revue de Droit bancaire et financier* janvier 2022, dossier 3 ; J.-J. ANSAULT, « Les sûretés réelles consenties en garantie de la dette d'autrui : un choix légistique discutable ? », *D*. 2022. 237.

d'un intitulé ramassé, de désigner les opérations qui entrent dans notre champ d'analyse : celles par lesquelles le concédant, le garant, procure un service au bénéficiaire, le débiteur principal, ce service prenant la forme d'une garantie de la dette du second envers une troisième personne, le créancier.

233. Dans la stipulation pour autrui, « *un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire*[522] ». Le concédant, stipulant, fait promettre à un tiers au rapport de gratuité, le promettant, de procurer un avantage au bénéficiaire. Habituellement, le stipulant fournit une contrepartie à l'engagement du promettant. Le stipulant, concédant, contracte donc avec le promettant, tiers au rapport de gratuité, afin de procurer un avantage au bénéficiaire.

234. La délégation est « *une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur*[523] ». La délégation peut remplir des fonctions diverses. Elle peut notamment permettre au délégué de procurer un avantage au délégant en s'engageant à sa demande envers un tiers. Elle peut également permettre au délégant de procurer un avantage au délégataire en demandant à un tiers de s'engager envers lui. Il en résulte que le délégué, concédant, peut s'engager envers le délégataire, tiers au rapport de gratuité, en vue de procurer un avantage au délégant, bénéficiaire. Sous une autre formule, le délégant, concédant, peut user de son crédit auprès du délégué, tiers au rapport de gratuité, afin de procurer un avantage au délégataire, bénéficiaire.

235. L'engagement du concédant envers un tiers au rapport de gratuité en vue de fournir un avantage à un bénéficiaire n'est intelligible que si l'on tient compte des motifs subjectifs résultant d'éléments objectifs extérieurs à l'acte. L'ensemble des actes précités a en commun qu'une partie, le concédant, s'engage sans recevoir de contrepartie qui permettrait de présumer un motif subjectif. L'examen du seul contenu du contrat ne permet pas de rendre intelligible l'engagement du concédant. Par exemple, celui qui souscrit une sûreté pour autrui ne reçoit habituellement du créancier aucune contrepartie. De même que dire qu'une personne s'engage en vue de procurer un avantage à autrui ne peut suffire à expliquer ses motivations[524], dire qu'une personne s'engage envers un tiers au rapport de gratuité dans le but qu'il procure un avantage au bénéficiaire ne suffit pas à établir son intelligibilité[525]. Contrairement à

522 Article 1205 alinéa 2 du code civil.
523 Article 1336 alinéa premier du code civil.
524 Voir *supra*, n^os^ 80 et 214.
525 I. SÉRANDOUR, *La cause dans la délégation*, préf. T. Revet, IRJS éditions, 2014, n^o^ 192 ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 13^e^ éditions, LGDJ, 2019, n^o^ 228.

l'existence d'une contrepartie au profit de celui qui s'engage, élément objectif qui permet de présumer les motifs subjectifs de ce dernier, l'existence d'une contrepartie au profit d'un tiers ne permet pas de deviner les motifs subjectifs. Le seul contenu de l'acte ne permet pas de rendre intelligible l'engagement du concédant.

236. Seule une recherche d'éléments extérieurs à l'acte permet de présumer les motifs subjectifs du concédant. Ces motifs résideront fréquemment dans la relation entre le concédant et le bénéficiaire[526]. Le concédant peut simplement être animé d'une intention bienfaisante à

526 C'est ainsi que la doctrine majoritaire retient que la cause de l'engagement du stipulant dans la stipulation pour autrui réside dans les relations qu'il entretient avec le bénéficiaire, et que la cause de l'engagement du délégué dans la délégation réside dans les relations qu'il entretient avec le délégant. Ce n'est qu'en matière de cautionnement que la doctrine, à la suite de la Cour de cassation, refuse de chercher la cause de l'engagement de la caution dans ses relations avec le débiteur principal.
En matière de stipulation pour autrui, une majorité d'auteurs retiennent que la cause de l'engagement du stipulant se situe dans les relations entre stipulant et bénéficiaire : J. CARBONNIER, *Droit civil. 2. Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, n° 1040 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.* nbp n° 487, n° 484 ; J.-M. ROUX, *Le rôle créateur de la stipulation pour autrui*, préf. J. Mestre, PUAM, 2001, n° 60-63. Un auteur retient que la cause doit être recherchée dans l'acte de volonté, dans la concrétisation d'un avantage au bénéfice d'autrui : C. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, *op. cit.* nbp n° 509, n° 148. Mais il n'est pas certain que cette position soit toujours la sienne aujourd'hui. Voir ainsi, recherchant l'intérêt du stipulant dans les relations qu'il entretient avec le bénéficiaire, extérieures au contrat : C. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations : le contrat*, 10e édition, Economica, 2021, n° 775.
En matière de délégation, la doctrine majoritaire recherche la cause de l'engagement du délégué dans les relations entre délégué et délégant. Une autrice considère que l'engagement du délégué a pour objet de rendre un service au délégant. Ce service est causé soit par l'intention de préférer le délégant à lui-même, une intention altruiste donc, soit par un intérêt personnel du délégué, qui peut résider dans l'extinction d'une dette préexistante envers le délégant, ou dans tout autre avantage qu'il a obtenu ou espère obtenir (I. SÉRANDOUR, *La cause dans la délégation*, *op. cit.* nbp n° 525, nos 207-213. *Adde*. P. RAYNAUD, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, Les cours de droit, 1977-1978, p. 128 et 132). C'est plus généralement la position de la doctrine majoritaire, voir ainsi : J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, nos 909 et 911 ; J. FRANÇOIS, *Les obligations : régime général*, 6e édition, Economica, 2022, n° 639 ; M. FABRE-MAGNAN, *Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.* nbp n° 473, n° 886 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, et P. JESTAZ, *Droit civil : les obligations. Tome 2. Le régime*, 2e édition, Sirey, 1989, n° 440 ; C. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, *op. cit.* nbp n° 509, n° 217 ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, 1923, n° 32.
Mais selon une doctrine minoritaire, la cause de l'engagement du délégué ne doit pas être recherchée plus loin que l'avantage procuré au délégant ou au délégataire. Cette cause serait donc la création d'un droit de créance au profit du délégataire, qu'elle soit envisagée comme l'avantage qu'en retire le délégant ou celui qu'en retire le délégataire : L. ANDREU, *Du changement de débiteur*, préf. D. R. Martin, Dalloz, 2010, n° 190. D'autres retiennent qu'en toute hypothèse, il ne peut y avoir de délégation que lorsque le délégant était préalablement débiteur envers le délégataire, la cause résidant alors dans la libération du délégant : M. BILLIAU, *La délégation de créance : essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, LGDJ, 1989, n° 160 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, L. ANDREU et V. FORTI, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, 10e édition, Sirey, 2022, n° 207.
En matière de cautionnement, la doctrine majoritaire définit la cause, à la suite de la Cour de cassation, comme « *tout avantage convenu au profit du débiteur principal et subordonné à la fourniture de cette sûreté* » : J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n° 661. *Adde*. Y. PICOD et J.-J. ANSAULT, *Droit des sûretés*, 4e édition, PUF, 2022, n° 38 ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, *op. cit.* nbp n° 518, nos 99-101 ; A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, nos 443 et 454 ; M. BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, 7e édition, Dalloz, 2020, nos 233-235 ; M.-O. BARBAUD, *La notion de contrat unilatéral : analyse*

l'égard du bénéficiaire. Mais il peut également agir contre rémunération du service rendu stipulée avec le bénéficiaire. En toute hypothèse, pour s'assurer de l'intelligibilité de l'engagement du concédant, il serait nécessaire de prendre en compte des éléments extérieurs à l'acte.

B. L'EXCLUSION DU CONTRÔLE DE L'INTELLIGIBILITÉ

237. Plan. Dans les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité, la jurisprudence exclut la prise en compte des motifs et donc le contrôle de l'intelligibilité de l'engagement du concédant (1.). Cette exception ne nous paraît pas remettre en cause le principe de la pertinence de la prise en compte des motifs en présence d'un engagement apparemment dépourvu de contrepartie. En effet, elle est justifiée, en opportunité, par l'impératif de protection du tiers au rapport de gratuité (2.).

1. Le constat de l'exclusion du contrôle de l'intelligibilité de l'engagement du concédant dans les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité
2. La justification de l'exclusion du contrôle : la protection des intérêts du tiers au rapport de gratuité

1. Le constat de l'exclusion du contrôle de l'intelligibilité de l'engagement du concédant dans les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité

238. Le concédant ne peut invoquer l'absence de motifs pour exclure la force obligatoire de l'accord impliquant un tiers. La cause de la sûreté pour autrui ne peut être recherchée en dehors de l'accord entre garant et créancier. La Cour de cassation juge en effet que « *la cause de l'obligation de* [la caution est] *la considération de l'obligation prise corrélativement par l*[e créancier] *à savoir l'ouverture de crédit* [au débiteur principal][527] ». Selon la jurisprudence, la cause de l'engagement de la caution est ainsi l'avantage fourni au bénéficiaire, le débiteur principal. Cette jurisprudence peut être étendue à l'ensemble des sûretés pour autrui. En

fonctionnelle, LGDJ, 2014, n° 231. Voir aussi, retenant que le cautionnement est un acte abstrait : M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 11e édition, LexisNexis, 2022, n° 110.

Voir cependant, situant la cause de l'engagement de la caution dans les rapports qu'elle entretient avec le débiteur principal, c'est-à-dire la rémunération de la caution par le débiteur principal ou l'intention de la caution de rendre service au débiteur principal sans contrepartie : L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, *op. cit.* nbp n° 525, nos 223 et 228 ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, *op. cit.* nbp n° 526, n° 31 ; J. CRASTRE, *La* summa divisio *des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui*, *op. cit.* nbp n° 520, n° 90.

527 Com., 8 novembre 1972, n° 71-11.879 ; *Bull. civ.* IV, n° 278. Voir aussi : Com., 17 mai 2017, n° 15-15.746, *Bull. civ.* I, n° 72.

d'autres termes, l'engagement du garant, concédant, est valable même s'il ne profite qu'au débiteur principal, bénéficiaire, sans qu'il soit nécessaire de vérifier l'existence de motifs subjectifs et donc l'intelligibilité de l'engagement.

239. Dans la stipulation pour autrui, l'existence d'un intérêt de celui qui stipule pour autrui n'est plus contrôlée. À notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur la cause de l'engagement du stipulant. Elle a toutefois renoncé à la faculté que lui offrait le code civil de contrôler l'existence d'un intérêt du stipulant. En effet, il résultait du code civil de 1804 qu'il ne pouvait y avoir stipulation pour autrui que si l'intérêt du stipulant était discernable[528]. La stipulation pour autrui était nulle à défaut d'intérêt du stipulant. Cette condition s'apparentait à un contrôle de l'intelligibilité de l'engagement du stipulant[529]. Elle a été abandonnée par la jurisprudence[530] puis par l'ordonnance de réforme du droit des contrats[531]. Il peut en être déduit que la Cour de cassation n'admettrait pas que le défaut d'intelligibilité de la stipulation pour autrui soit sanctionné par la nullité.

240. Dans la délégation, le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions tirées de ses rapports avec le délégant. Le délégué ne peut se libérer de l'obligation qu'il a contractée envers le délégataire en tirant argument des relations qu'il entretient avec le délégant[532]. Dès lors, il ne peut tirer argument de l'absence de relation d'affection entre lui et le délégant, ou de l'absence de la contrepartie qu'il espérait obtenir de la relation avec le délégant. *A fortiori*, le délégué ne doit pas pouvoir se prévaloir de l'absence d'intelligibilité de son acte[533].

---

528 Voir l'article 1121 ancien du code civil : « *On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation, ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter*. »

529 Partiellement seulement, car dès lors que l'accord entre stipulant et promettant contient une stipulation au profit du stipulant et une stipulation pour autrui, la condition d'intérêt du stipulant est remplie. Or, l'existence d'une disposition au bénéfice du stipulant n'explique pas pourquoi ce dernier exige du promettant dans l'intérêt du bénéficiaire. Seule la relation entre stipulant et bénéficiaire d'une part, ou l'existence d'un intérêt matériel extérieur à l'acte d'autre part, peut expliquer pourquoi en plus d'une stipulation en sa faveur, le stipulant exige du promettant de s'engager au profit du bénéficiaire.

530 Voir par exemple : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 17e édition, Sirey, 2022, no 701.

531 Le nouvel article 1205 du code civil dispose que : « *On peut stipuler pour autrui. L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire.* »

532 Sauf stipulation contraire : article 1336 du code civil ; Com., 22 avril 1997, no 95-17.664, *Bull. civ.* IV, no 98.

533 Certains estiment qu'inopposabilité des exceptions et cause sont parfaitement étrangères l'une à l'autre. L'inopposabilité des exceptions se justifierait par l'effet relatif du contrat (J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.* nbp no 526, no 915 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.* nbp no 487, no 947), ou le caractère direct du droit du délégataire (J. FRANÇOIS, *Les obligations : régime général*, *op. cit.* nbp no 526, no 666. *Adde.*, relativement à la stipulation pour autrui : C. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en*

2. La justification de l'exclusion du contrôle : la protection des intérêts du tiers au rapport de gratuité

241. L'implication d'un tiers au rapport de gratuité n'implique pas l'absence de contrôle de l'intelligibilité de l'engagement du concédant. Le fait que le concédant s'engage dans le but de procurer un avantage au bénéficiaire est connu du tiers au rapport de gratuité. Ce dernier ne peut ignorer l'inintelligibilité apparente de l'engagement du concédant. Il serait donc possible d'imposer au tiers de s'assurer de son intelligibilité en exigeant du concédant qu'il l'informe, avant la conclusion du contrat, de l'intérêt extérieur à l'acte qu'il poursuit ou des éléments objectifs permettant de présumer son intention bienfaisante.

242. Mais l'implication d'un tiers au rapport de gratuité peut justifier en opportunité l'absence de contrôle de l'intelligibilité de l'engagement du concédant. D'un point de vue pratique, il a pu sembler opportun à la Cour de cassation de favoriser ces opérations en les sécurisant. La doctrine retient en effet que ces opérations jouent un rôle prépondérant dans la vie économique[534]. Par exemple, la stipulation pour autrui est le mécanisme sur lequel repose l'assurance sur la vie[535]. Les sûretés pour autrui facilitent le crédit. L'admission d'un contrôle de l'intelligibilité de l'engagement imposerait au tiers au rapport de gratuité de s'assurer de cette intelligibilité et fragiliserait ces opérations. Leur utilité en serait diminuée.

243. C'est dans ce cadre que l'on peut soutenir que le tiers au rapport de gratuité peut ne pas être tenu de prendre connaissance d'éléments extérieurs à l'acte[536]. Il peut ne pas être tenu de

---

droit privé, op. cit. nbp n° 509, n° 161) ou son caractère nouveau (G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Droit civil : les obligations. Tome 2. Le régime*, *op. cit.* nbp n° 526, n° 440 ; M. BILLIAU, *La délégation de créance*, *op. cit.* nbp n° 526, n° 322 ; P. SIMLER, « Fasc. unique : RÉGIME GÉNÉRAL DES OBLIGATIONS. – Opérations sur obligations. – Délégation », *loc. cit.* nbp n° 526, n° 79).
Mais certains retiennent que l'inopposabilité des exceptions s'explique par le caractère abstrait de l'obligation, ou tout au moins un rôle diminué de la cause dans l'obligation (L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. P. Malaurie, Economica, 1984, n^os^ 62-63 ; P. RAYNAUD, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, *op. cit.* nbp n° 526, p. 118 et s. ; H. DE PAGE, *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, Cours donné à la Faculté de Droit de l'Université de Gand (année académique 1956-1957), Bruylant, 1957, p. 51. *Adde*., relativement à la délégation : C. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, th. précitée, n^os^ 214-217). Or, l'obligation abstraite est celle dont on ne recherche pas la cause. Il en résulte un lien entre cause et inopposabilité des exceptions.

534 Voir déjà : H. DE PAGE, *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, *op. cit.* nbp n° 533, p. 52 ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, *op. cit.* nbp n° 526, n° 178 ; P. RAYNAUD, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, *op. cit.* nbp n° 526, p. 153 ; C. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, *op. cit.* nbp n° 509, n° 220.

535 Voir par exemple : F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp n° 471, n° 706.

536 Voir ainsi, retenant que le créancier bénéficiaire de la garantie ou le délégataire peut se désintéresser des éléments extérieurs au rapport d'obligation, et notamment de la relation entre garant et débiteur principal ou délégué et délégataire : P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*

s'assurer de l'existence d'un autre élément objectif, extérieur à l'acte, telle qu'une relation d'affection ou une rémunération du concédant. Il s'agit d'un choix d'opportunité, justifié par l'intérêt économique des opérations en cause et la volonté de protéger les tiers au rapport de gratuité. Dès lors, pour la plupart des contrats, c'est la présomption de motifs, intéressés ou bienfaisants, qui fonde l'intelligibilité de l'engagement. Les motifs sont également pris en compte pour déterminer le régime de l'acte comportant un engagement dépourvu de contrepartie équivalente.

SECTION III
MOTIFS ET RÉGIME DE L'ACTE COMPORTANT UN ENGAGEMENT DÉPOURVU DE CONTREPARTIE ÉQUIVALENTE

244. Nous reprochons à la conception abstraite de la gratuité de placer dans la même catégorie le contrat bienfaisant et le contrat de « gratuité » intéressée, et, ainsi, de les soumettre par principe au même régime. Un des arguments principaux qui nous paraissent justifier l'adoption de la conception bienfaisante de la gratuité est le rejet de l'assimilation des actes de gratuité bienfaisante et des actes de « gratuité » intéressée. Ces actes nous paraissent différents et devraient, selon nous, ressortir de deux catégories distinctes. En effet, regrouper ces deux types d'actes dans une même catégorie invite à leur appliquer un régime identique. Or, la nature des contrats de « gratuité » intéressée nous paraît commander qu'ils soient soumis au régime des contrats à titre onéreux[537].

nbp n° 487, n° 947 ; I. SÉRANDOUR, *La cause dans la délégation*, *op. cit.* nbp n° 525, n^os 474-475 ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, *op. cit.* nbp n° 526, n° 178 ; P. RAYNAUD, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, *op. cit.* nbp n° 526, p. 135 ; M. VIVANT, « Le fondement juridique des obligations abstraites », *D.* 1978, chron. 39, p. 40-42.
Voir aussi, rappelant que l'altruisme de la caution est dépourvu de conséquence sur le régime du cautionnement, ce qui est justifié par la protection des intérêts du créancier, tiers au rapport unissant le débiteur principal et la caution : C. ROSSETTO, « De quelques facteurs d'influence présents dans le droit du cautionnement », *Contrats, conc., consom.* juin 2022, étude 9, n° 6.

537 Voir ainsi, retenant que « *Dans le rapport entre la nature juridique et le régime juridique d'une même notion ou d'une catégorie, c'est la nature qui est l'élément premier et le régime juridique, l'élément déduit* », « *Ce n'est pas le régime d'un concept qui en détermine la nature* » : J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255. Peu importe, à cet égard, que certaines de ces règles ne soient que supplétives. Même s'il peut être écarté par les destinataires, le régime supplétif

245. Après avoir affirmé sommairement que l'application du « régime de la gratuité » aux contrats de « gratuité » intéressée n'est pas opportune, il convient désormais de le démontrer. Si les auteurs adoptent majoritairement, au stade de l'étude de la notion de gratuité, sa conception abstraite, leurs discours relatifs à la gratuité marquent une assimilation entre gratuité et bienfaisance. Le champ lexical employé et les justifications proposées révèlent qu'au stade de l'analyse du régime, les auteurs pensent les actes gratuits comme des actes de bienfaisance.

246. Avant d'être développée plus en détail pour chacune des règles du régime de la gratuité, cette affirmation peut être examinée au prisme des finalités générales attribuées à ce régime, c'est-à-dire l'expression d'un double mouvement de faveur et de méfiance du droit à l'égard du contrat à titre gratuit[538]. La **faveur** est présentée comme ayant pour finalité d'encourager l'acte vertueux que constituerait le contrat à titre gratuit. Elle ne se justifie, selon nous, que lorsque le concédant est animé par une intention bienfaisante. Celui qui agit en poursuivant son propre intérêt ne mérite pas de traitement particulier selon que cet intérêt réside dans une contrepartie qu'il reçoit immédiatement de son cocontractant ou d'un avantage extérieur à l'acte, attendu du cocontractant ou d'un tiers. La conclusion d'un contrat relevant de la « gratuité » intéressée ne constitue pour le concédant qu'une modalité parmi d'autres de poursuivre la satisfaction de son intérêt. Seul l'acte de bienfaisance justifie la faveur du droit[539].

247. La **méfiance**, quant à elle, est justifiée par le danger que la gratuité fait peser sur l'intérêt du concédant tout d'abord, qui risque d'être entraîné par ses élans ou victime de captation. Seraient encore menacés la famille et les créanciers du concédant : la donation, notamment, diminue le patrimoine du disposant et ainsi la succession susceptible de revenir à ses héritiers, d'une part, et le droit de gage de ses créanciers, d'autre part. Il s'agirait également de préserver

---

constitue un modèle (P. DEUMIER, « La force normative optionnelle », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 169). La règle supplétive « *n'est pas un pis-aller applicable faute de mieux mais la solution représentant les valeurs auxquelles l'ordre juridique marque son attachement* » (C. DOURDOU-PÉRÈS, *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004, n° 600). Elle correspond à la solution idéale, celle que les destinataires de la règle souhaiteraient voir appliquer en principe (*ibid*., n^{os} 584 et 601). Les justifications doctrinales des éléments de régime de la gratuité sont pertinentes pour délimiter leur champ d'application, peu important qu'ils soient supplétifs de volonté.

538 Voir par exemple : S. BÉNILSI, *La gratuité en droit privé*, th. Montpellier, 2006, p. 19-20 ; F. HARTMAN, *La notion de libéralité*, préf. A.-M. Leroyer, IRJS éditions, 2020, n° 7 ; A. ÉTIENNEY DE SAINTE-MARIE, « Gratuité et contrat : le régime du contrat gratuit est-il un régime ? », *in* N. MARTIAL-BRAZ et C. ZOLYNSKI (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit,* LGDJ, 2013, p. 151.

539 Voir aussi, retenant que le régime des contrats de services gratuits est justifié par le désintéressement du concédant : C. ROSSETTO, *Le service gratuit : de la tradition au numérique*, th. Tours, 2020, Partie I, Titre I.

l'intérêt de la société dans son ensemble[540] contre les libéralités poursuivant un but illicite, tel que le placement de biens sous un statut de mainmorte[541] ou la perpétuation du droit d'aînesse ou de primogéniture mâle[542]. Le concédant n'est pas menacé davantage par un acte de « gratuité » intéressée que par un acte comportant une contrepartie, mais complexe. Dès lors qu'il attend un avantage de l'opération, le contrat de « gratuité » intéressée ne peut être considéré comme un acte d'appauvrissement, peu important que l'avantage espéré lui soit extérieur. Tout au plus constitue-t-il un acte complexe dont l'utilité pour le concédant ne peut être facilement appréciée. Il ne diffère cependant pas par nature de l'acte pourvu d'une contrepartie dont l'utilité n'est pas évidente. Il ne menace donc pas spécifiquement les intérêts de la famille et des créanciers du concédant. La poursuite de son intérêt par ce dernier exclut le risque accru d'arbitraire spécifique à la gratuité. L'on peut craindre que la partie qui ne retire aucune utilité de l'acte soit susceptible de se rétracter. Cependant, dès lors que le concédant d'un contrat de « gratuité » intéressée en attend un avantage, la probabilité qu'il se ravise n'est pas plus élevée que s'il recevait une contrepartie.

248. La prise en compte des motifs est si déterminante que l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck intègre ainsi cinq règles variant selon que le prêt à usage, essentiellement gratuit, est intéressé ou désintéressé[543]. Plus avant, l'autrice d'une thèse récente relative aux contrats de services gratuits préconise d'introduire dans le code civil une nouvelle dichotomie distinguant, au sein des contrats à titre gratuit, les contrats intéressés des contrats désintéressés[544]. Cette analyse nous semble valable pour chacun des éléments du « régime de la gratuité », c'est-à-dire chacune des règles applicables à un contrat à titre gratuit mais non à un contrat à titre onéreux[545].

---

540 La plupart des auteurs évoquent ces trois fondements : la protection des intérêts du disposant, de sa famille et de ses créanciers, et de la société. Voir par exemple : G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 2, 5e édition, Librairie du recueil général des lois et des arrêts, 1895 ; R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 2e édition, tome 6, avec la collaboration de P. Voirin, Rousseau et cie, 1934, no 2 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 3, 10e édition, par L. Julliot de la Morandière, Dalloz, 1950, no 1369 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 396, nos 6-10.

541 M. GRIMALDI, *Droit civil : libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, no 1019.

542 Voir ainsi : G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*. *Tome 4. Régimes matrimoniaux. Successions-Libéralités*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1959, no 3214 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : les successions, les libéralités*, 4e édition, Dalloz, 2013, no 269.

543 Articles 1877 à 1877-2 (formation du prêt à usage), article 1879-1 (fin du prêt à usage en cas de besoin pressant et imprévu), article 1885 (droit de rétention), article 1886-3 (responsabilité de l'emprunteur), article 1891 (responsabilité du prêteur). Sur cet avant-projet, voir *supra*, no 95.

544 C. ROSSETTO, *Le service gratuit*, *op. cit.* nbp no 539.

545 Sur le « régime de la gratuité », voir *supra*, no 153.

249. Plan. Certaines règles sont justifiées par le sentiment de bienfaisance du concédant (§1.). D'autres trouvent leur fondement dans le désintéressement du concédant (§2.).

§1. Les règles justifiées par le motif bienfaisant
§2. Les règles justifiées par le désintéressement du concédant

§1. LES RÈGLES JUSTIFIÉES PAR LE MOTIF BIENFAISANT

250. Plan. Certaines règles sont justifiées plus précisément par l'existence d'une relation d'affection entre concédant et bénéficiaire ou d'une œuvre philanthropique à laquelle est affecté l'avantage et le caractère supposé déterminant de cette relation ou de cette œuvre dans la motivation du concédant (A.). D'autres dispositions trouvent leur fondement plus généralement dans la faveur du droit pour le concédant, laquelle n'est fondée que si celui-ci était motivé par la bienfaisance (B.)

A. Les règles justifiées par la relation
B. Les règles justifiées par la faveur du droit pour le concédant

A. LES RÈGLES JUSTIFIÉES PAR LA RELATION D'AFFECTION ET L'ŒUVRE PHILANTHROPIQUE

251. Certaines règles sont inspirées plus précisément par le caractère déterminant de la relation d'affection existant entre concédant et bénéficiaire. Nous limiterons nos développements à la révocation pour ingratitude et la licéité du don d'éléments et produits du corps humain, mais peuvent également être rattachés à cette catégorie la règle selon laquelle les

biens reçus par donation pendant le mariage demeurent des biens propres[546], ou la corrélation entre contrat à titre gratuit et *intuitus personae*[547].

252. La révocation pour ingratitude est justifiée par l'existence d'une relation d'affection entre concédant et bénéficiaire. Les contrats légalement formés s'imposent aux parties. Celles-ci ne peuvent les révoquer, c'est-à-dire les faire disparaître par décision unilatérale[548]. Par exception, le code civil dispose que la donation peut être révoquée dans trois hypothèses : en cas d'ingratitude, d'inexécution des charges et, si les parties l'ont prévu dans le contrat, de survenance d'enfants[549]. Seule la révocation pour ingratitude constitue un élément

546 Dans le régime de la communauté réduite aux acquêts, applicable à défaut de choix contraire, les biens acquis pendant le mariage entrent dans une communauté appartenant aux deux époux par moitié (article 1401). Mais les biens reçus par chacun des époux par succession, legs, et surtout donation, constituent des biens propres : « *Restent propres les biens dont les époux avaient la propriété ou la possession au jour de la célébration du mariage, ou qu'ils acquièrent, pendant le mariage, par succession, donation ou legs.* » (article 1405 du code civil). Certains auteurs expliquent cette règle par la volonté du législateur d'assurer la conservation des biens dans les familles, ce dont il ressort une présomption que la donation a été accomplie par des membres de la famille, et tout particulièrement par les parents du bénéficiaire : F. TERRÉ et P. SIMLER, *Régimes matrimoniaux*, 8e édition, 2019, no 255. Au sujet des biens donnés, les auteurs jugent que la règle repose sur la volonté probable du disposant : si le disposant avait entendu gratifier les deux époux, il aurait réalisé une donation à leur profit commun. En adressant sa donation à un seul, il a nécessairement souhaité que le bien donné demeure son propre : P. MALAURIE, L. AYNÈS et N. PETERKA, *Droit des régimes matrimoniaux*, 7e édition, LGDJ, 2019, no 338 ; R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, 11e édition, LGDJ, 2019, no 156. Il en ressort que la relation entre donateur et donataire est déterminante. Cette règle ne doit pas être étendue aux actes de « gratuité » intéressée.

547 Selon une partie de la doctrine, une des caractéristiques du contrat à titre gratuit est d'être toujours conclu *intuitu personae*, c'est-à-dire que la personnalité de l'une des parties est tenue pour essentielle : A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 5, continué par E. Colmet de Santerre, Henri Plon, 1865, no 8 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 2, *op. cit.* nbp no 496, no 25 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 1962, no 64 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 2. 1. Obligations : théorie générale*, 9e édition, Montchrestien, 1998, no 104 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil : les obligations*, 13e édition, Dalloz, 2022, no 102 ; C. LARROUMET et S. BROS, *Le contrat*, *op. cit.* nbp n° 526, no 146 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *L'acte juridique*, *op. cit.* nbp n° 530, no 327 ; A. ÉTIENNEY DE SAINTE-MARIE, « Gratuité et contrat : le régime du contrat gratuit est-il un régime ? », *loc. cit.* nbp no 538, p. 151. Il en ressortirait que le contrat à titre gratuit serait toujours annulable pour erreur sur la personne : voir par exemple A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 2, *op. cit.* nbp no 496, no 25 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol. Tome 2. Obligations, droits réels*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, no 74 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. Tome 2. Contrat*, 5e édition, Litec, 1995, no 93 ; D. KRAJESKI, *L'*intuitus personae *dans les contrats*, La Mouette, 2001, nos 61-64. Cette caractéristique n'est pas justifiée en matière de « gratuité » intéressée, pour laquelle la personne n'est pas nécessairement déterminante. D'ailleurs, le contrat de « gratuité » intéressée sera souvent dirigé vers un grand nombre de bénéficiaires. Une des hypothèses de gratuité intéressée réside dans les marchés bifaces. Dans ce type de marchés, le concédant a intérêt à offrir ses biens ou ses services à un grand nombre de bénéficiaires dont les personnes lui sont indifférentes. Sur les marchés bifaces, voir *infra*, no 365. Voir, *contra*, retenant que le caractère *intuitu personae* s'attache à tout contrat volontairement déséquilibré, peu important que le concédant soit animé par une intention bienfaisante : G. CATTALANO-CLOAREC, *Le contrat de prêt*, *op. cit.* nbp no 489, nos 509-510.

548 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11e édition, PUF, 2016, V° Révocation, 2, « *Acte unilatéral de rétractation par lequel une personne entend mettre à néant* [notamment] *un contrat auquel elle est partie et qui produit cet effet dans les cas déterminés par la loi.* »

549 Article 953 du code civil.

spécifique au régime de la donation et relevant du régime de la gratuité. En effet, la révocation pour inexécution des charges nous paraît constituer une hypothèse particulière de résolution pour inexécution, commune à l'ensemble des contrats synallagmatiques. La révocation pour survenance d'enfants ne joue que si elle a été prévue par les parties ; elle peut, selon nous, s'analyser en une condition résolutoire, susceptible d'être stipulée dans un contrat à titre onéreux.

253. L'ingratitude est l'attitude de celui qui ne répond pas à un bienfait par de la reconnaissance[550]. Le donateur ou ses héritiers peuvent la demander lorsque le donataire « *a attenté à la vie du donateur* », lorsqu'il « *s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures* » ou lorsqu'il lui a « *refus*[é] *des aliments*[551] ». La révocation pour ingratitude sanctionne ainsi des comportements qui anéantissent définitivement la relation entre donateur et donataire. Elle n'est justifiée que lorsque l'engagement du concédant trouve sa source dans une intention bienfaisante résultant de la relation d'affection qu'il entretient avec le bénéficiaire. Le concédant qui attendait un avantage extérieur au contrat et poursuivait dès lors son propre intérêt ne saurait solliciter sa révocation pour ingratitude[552].

254. L'interdiction du transfert onéreux d'éléments et produits du corps humain doit s'étendre à tout acte par lequel le concédant poursuit un intérêt interne ou externe à l'acte. La loi interdit par principe les interventions sur le corps humain. Par exception, elles sont autorisées lorsqu'elles ont pour finalité l'intérêt thérapeutique de la personne concernée ou d'autrui[553]. Le prélèvement d'éléments et produits du corps d'une personne ayant vocation à être utilisés pour le traitement d'autrui est donc permis. La loi édicte une condition

550 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11e édition, PUF, 2016, V° Ingratitude : « *Violation du devoir de reconnaissance incombant à un donataire ou à un légataire envers celui qui l'a gratifié, qui entraîne la révocation de la libéralité dans les cas graves spécifiés par la loi* ».

551 Article 955 du code civil.

552 L'exclusion de la gratuité intéressée du champ de la révocation pour ingratitude se justifie peu important que l'on explique la révocation pour ingratitude par l'existence d'un devoir de gratitude ou par la possibilité d'une peine privée. Le bénéficiaire d'un avantage motivé par la poursuite d'un intérêt extérieur au contrat ne doit aucune gratitude au concédant, et ce dernier n'est pas légitime à appliquer une peine privée au bénéficiaire.
Sur la conception de la révocation pour ingratitude comme la sanction d'un devoir de gratitude, voir par exemple : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 3, Pichon, 1901, nº 2586 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités, op. cit.* nbp nº 396, nº 173 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités, op. cit.* nbp nº 542, nº 584 (évoquant un devoir moral).
Sur la conception de la révocation pour ingratitude comme une peine privée, voir par exemple : M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants, op. cit.* nbp nº 541, nº 1426 (retenant que la révocation sanctionne parfois un devoir moral) ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités, op. cit.* nbp n° 399, nº 362.

553 Article 16-3 alinéa premier du code civil : « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.* »

supplémentaire : le prélèvement ne peut être rémunéré[554]. Autrement dit, seul le don d'éléments et produits de son corps est autorisé, la vente en étant interdite.

255. L'admission des transferts d'éléments et produits du corps humain n'est justifiée que lorsque le concédant est animé par une intention bienfaisante. Le concédant ne doit pas poursuivre son intérêt personnel. Toute rémunération doit être exclue. Plus avant, il est également essentiel que le concédant ne soit pas animé par des motifs tenant à l'obtention d'un avantage extérieur au contrat. Il doit être motivé par la volonté de contribuer à l'œuvre relevant du service public de la santé ou par la volonté d'avantager un proche[555]. Pour la justification et l'application de certaines règles, c'est donc la relation d'affection établissant le motif bienfaisant qui est déterminant. Pour d'autres, c'est le motif bienfaisant lui-même, en ce qu'il justifie l'application d'un régime de faveur pour le concédant.

B. LES RÈGLES JUSTIFIÉES PAR LA FAVEUR DU DROIT POUR LE CONCÉDANT

256. Plusieurs règles sont justifiées par la faveur du droit pour celui qui s'engage en étant inspiré par un motif bienfaisant. Une nouvelle fois, nous nous attarderons sur un unique ensemble de règles : celui selon lequel les obligations du concédant sont atténuées et les obligations du bénéficiaire sont aggravées. Mais nous paraît également justifiée par la faveur la nullité pour erreur sur les motifs[556].

554 Article 16-6 du code civil : « *Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci*. » Voir aussi l'article L. 1211-4 du code de la santé publique, pris en ses deux premiers alinéas : « *Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits. Les frais afférents au prélèvement ou à la collecte sont intégralement pris en charge par l'établissement de santé chargé d'effectuer le prélèvement ou la collecte.* »

555 La loi limite les usages des produits prélevés, de sorte qu'est toujours caractérisée une situation de bienfaisance. Le don permet la réalisation de l'œuvre philanthropique de santé publique lorsqu'il est réalisé au bénéfice d'une personne anonyme. Le don d'organes ou de moelle osseuse au bénéfice d'un proche ressort de la bienfaisance relationnelle. Sur ce point, voir *infra* n° 424.

556 L'article 1135 du code civil dispose : « *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. Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité.* » Le refus de principe de l'admission de l'erreur sur les motifs est justifié par l'exigence de sécurité juridique. Il ne doit y être dérogé qu'à titre de faveur pour le concédant d'un acte bienfaisant. Le concédant qui poursuit un intérêt extérieur au contrat ne doit pas pouvoir opposer au bénéficiaire son erreur sur l'existence ou la consistance de cet intérêt. Le bénéficiaire ne peut ignorer l'existence de motifs intéressés, mais il peut légitimement se désintéresser de leur teneur exacte. Seule l'erreur sur les motifs bienfaisants, c'est-à-dire l'erreur sur la portée de la relation qui lie le concédant au bénéficiaire ou sur la nature de l'œuvre à laquelle

257. Un ensemble de règles peut être systématisé comme se rattachant à l'idée d'atténuation des obligations du concédant et d'aggravation des obligations du bénéficiaire. La doctrine admet l'existence d'un principe d'atténuation des obligations du concédant et d'aggravation des obligations du bénéficiaire, induit d'un ensemble de règles particulières à chaque contrat spécial[557]. La responsabilité du mandataire est atténuée lorsqu'il

il contribue, justifie l'erreur sur les motifs. D'ailleurs, l'annulation pour erreur sur les motifs ne doit pas être réservée aux libéralités, ainsi que le prévoit le texte issu de l'ordonnance de réforme, mais étendue aux contrats de services gratuits, lesquels sont également inspirés par une intention bienfaisante. En ce sens : F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2e édition, Dalloz, 2018, no 23.301.

557 A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 5, *op. cit.* nbp no 547, no 8 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 15, Durand & Pedone Lauriel-Bruylant-Christophe et comp., 1874, no 441 ; C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 1, 1877, Imprimerie générale, 1877, no 24 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 2, *op. cit.* nbp no 540, no 789 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, Pichon, 1900, no 992 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 3e édition, Librairie du recueil Sirey, 1939, no 31 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 2, Librairie Arthur Rousseau, 1923, no 916 ; R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 2e édition, tome 8, avec la collaboration de G. Lagarde, Rousseau et cie, 1936, no 39 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 2, *op. cit.* nbp no 496, no 25 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Obligations, droits réels*, *op. cit.* nbp no 547, no 74 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Contrat*, *op. cit.* nbp no 547, no 93 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. 2. Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, no 930 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *L'acte juridique*, *op. cit.* nbp n° 530, no 116 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp no 547, no 102 ; C. LARROUMET et S. BROS, *Le contrat*, *op. cit.* nbp no 547, no 148 ; P. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, *op. cit.* nbp no 473, no 81 ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LÉCUYER, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 3e édition, LGDJ-Lextenso, 2012, no 22154 ; M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, Librairie du Recueil Sirey, 1941, p. 214. Voir, *contra* : S. BÉNILSI, *La gratuité en droit privé*, *op. cit.* nbp no 538, p. 95. L'auteur constate que les obligations du prêteur ne sont pas atténuées dans le prêt de consommation gratuit. Il en déduit qu'il n'y a pas de principe d'atténuation des obligations du concédant.

agit à titre gratuit[558], de même que celle du dépositaire[559]. Le prêteur à usage a la faculté de mettre fin au contrat lorsque survient un besoin pressant et imprévu de la chose[560]. Le donateur n'est pas responsable des dommages causés par un défaut de la chose, sauf ceux résultant d'un défaut dont il avait connaissance et dont il n'a pas informé le donataire[561]. Il se distingue ainsi

558 L'article 1992 du code civil dispose que « *Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire* ». Les avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux conservent le principe de l'atténuation tout en en précisant les modalités. L'article 147 de l'offre de réforme de l'Association Henri Capitant dispose que « *le juge peut* […] *modérer l'indemnité due au mandant* » par le mandataire. L'article 1997 de l'avant-projet de la commission Stoffel-Munck énonce que la responsabilité du mandataire « *est appréciée moins rigoureusement* » lorsqu'il agit à titre gratuit. Voir toutefois, retenant que l'article 1992 du code civil, et plus généralement l'atténuation de la responsabilité du dirigeant, n'est pas applicable à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif fondée sur l'article L. 651-2 du code de commerce, « *la responsabilité de ce dirigeant s'appréciant, sur le fondement de ce texte spécial, de la même manière, qu'il soit rémunéré ou non* » : Com., 9 décembre 2020, n° 18-24.730, *Bull. civ.* p. 193 ; *D*. 2021. 1746, chron. F.-X. LUCAS ; *Rev. sociétés* 2021, p. 536, note D. GIBIRILA ; *JCP E* 2021, n° 1070, n° 5, chron. F. DEBOISSY et G. WICKER ; *ibid*. 1154, note J.-B. BARBIÈRI ; *ibid*. 1191, n° 19, chron. P. PÉTEL ; *BJS* février 2021, p. 49, note D. PORACCHIA ; *Actualité des procédures collectives* 2021, n° 53, obs. M. THIBERGE ; *Gaz. Pal.* 30 mars 2021, p. 74, obs. J.-M. MOULIN ; *Dr. sociétés* 2021, comm. 52, comm. J.-P. LEGROS ; *Revue des procédures collectives* 2021, n° 82, obs. A. MARTIN-SERF. Cette solution est justifiée par la doctrine notamment par le principe général d'inapplication au dirigeant de société des règles du contrat de mandat (A. MARTIN-SERF, chron. précitée), et tout particulièrement par l'inapplication, à l'action exercée par un tiers, de l'article 1992, relatif à la responsabilité du mandataire à l'égard du mandant (F. DEBOISSY et G. WICKER, chron. précitée). Notons que la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 a ajouté à l'article L. 651-2 du code de commerce une précision selon laquelle le juge « *apprécie l'existence d'une faute de gestion au regard de la qualité de bénévole du dirigeant* » lorsque la liquidation judiciaire concerne une association régie par la loi du 1er juillet 1901 et visée par le 1 bis de l'article 206 du code général des impôts. Sur cette catégorie de personnes morales, voir *infra*, nbp n° 936.

559 Articles 1927 et 1928 du code civil : « *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* », « *La disposition de l'article précédent doit être appliquée avec plus de rigueur :* […] *2° s'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt* ». Cette règle est conservée par les avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux : articles 130 de l'offre de réforme de l'association Henri Capitant et 1925 de l'avant-projet de la commission Stoffel-Munck.

560 En principe, une partie ne peut mettre fin unilatéralement à un contrat à durée déterminée (article 1212 du code civil). Par exception, le prêteur peut résilier le contrat de prêt à usage en cas de besoin pressant et imprévu du bien prêté : « *Néanmoins, si, pendant ce délai, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre* » (article 1889 du code civil). Cette règle est conservée par les avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux, celui de la commission Stoffel-Munck le réservant au prêt à usage désintéressé : article 110 de l'offre de réforme de l'Association Henri Capitant ; article 1879-1 de l'avant-projet de réforme de la commission Stoffel-Munck.

561 Aucun article du code civil n'impose d'obligation de garantie au donateur. La Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir « *à juste titre, rappelé que le donateur, s'il devait délivrer la chose donnée et exécuter ce qu'il avait promis, n'assumait pas, comme un vendeur, la garantie, donnant le bien avec toutes ses imperfections et tous ses risques, que toutefois il devait garantir le donataire de tout fait personnel* » (Civ. 1re, 28 avril 1971, n° 70-11.298, *Bull. civ.* I, n° 137). La doctrine est unanime : P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 399, n° 480 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 542, n° 583 ; D. GUÉVEL, *Droit des successions et des libéralités*, 3e édition, LGDJ-Lextenso, 2014, n° 479 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 541, n° 1406 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1452, n^{os} 137 et 138. Voir aussi : offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant, article 1er et explications p. 14.

du vendeur, qui est tenue de diverses obligations de garantie[562]. De même, le prêteur n'est responsable du dommage causé à l'emprunteur par un défaut du bien prêté que s'il avait connaissance de ce défaut et a omis d'en informer l'emprunteur[563]. Ses obligations sont donc allégées par rapport à celles du déposant, qui doit indemniser le dépositaire de l'ensemble des dommages qu'il a subis du fait du dépôt, et notamment des dommages causés par un défaut du bien déposé[564], et celles du bailleur, qui est tenu de tous les vices de la chose[565].

258. Corrélativement, les obligations du bénéficiaire sont aggravées. L'obligation de conservation de l'emprunteur est aggravée par rapport à celle du preneur à bail[566]. On peut rattacher à ce mouvement la règle selon laquelle l'assistant bénévole, contrairement à l'entrepreneur, est indemnisé du préjudice subi à l'occasion de l'exécution de la prestation. Cette obligation est la première ayant dégagée par la jurisprudence relative à la convention d'assistance bénévole[567]. Elle distingue l'assistant bénévole de l'entrepreneur qui n'est pas indemnisé par le maître de l'ouvrage en cas de dommage subi lors de l'exécution de la prestation[568].

562 Article 1625 et suivants du code civil.

563 Article 1891 du code civil. Voir aussi : article 104 de l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant.

564 Article 1947 du code civil.

565 Le bailleur est garant des vices cachés de la chose objet du contrat (article 1721 du code civil). Le prêteur n'est responsable que des vices dont il avait connaissance et dont il n'a pas informé l'emprunteur : « *Lorsque la chose prêtée a des défauts tels qu'elle puisse causer 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* » (article 1891 du code civil). Voir aussi : article 104 de l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant ; article 1890 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck.

566 En principe, le détenteur de la chose d'autrui n'est responsable en cas de perte de la chose que s'il ne l'a pas conservée en personne raisonnable (article 1197 du code civil). Par exception, l'emprunteur est également responsable s'il a préféré sauver son bien plutôt que la chose prêtée : « *Si la chose prêtée périt par cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne, il est tenu de la perte de l'autre* » (article 1882 du code civil). L'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant supprime cette règle : article 109. L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck conserve la règle et crée un troisième degré d'exigences à l'égard de l'emprunteur lorsque le contrat est désintéressé, disposant que « *la responsabilité de l'emprunteur est appréciée avec plus de rigueur* » : article 1886-3. Voir aussi *infra*, n^{os} 869-873.

567 Voir par exemple : Civ. 1re, 27 mai 1959, *Bull. civ.* I, n^{o} 271 ; Civ. 1re, 8 novembre 1977, n^{o} 76-11.518, *Bull. civ.* I, n^{o} 406 ; Civ. 1re, 19 janvier 1999, n^{o} 96-22.235, inédit ; Civ. 1re, 13 juin 2006, n^{o} 04-19.344, inédit ; Civ. 1re, 5 mai 2021, n^{o} 19-20.579, *Bull. civ.* I, p. 305 ; *D.* 2021. 1803, note D. GALBOIS-LEHALLE ; *RTD civ.* 2021, p. 653, obs. P. JOURDAIN ; *Gaz. Pal.* 21 septembre 2021, n° 32 p. 31, obs. V. MAZEAUD ; *RDC* septembre 2021, p. 17, note J. KNETSCH ; *D.* 2022. 35, chron. O. GOUT ; *JCP G* 2021, act. 606, note Y.-M. SERINET ; *Contrats, conc., consom.* 2021, comm. 111, comm. L. LEVENEUR ; *Resp. civ. et assur.* septembre 2021, comm. 140, comm. C. RADÉ ; *Gaz. Pal.* 21 septembre 2021, p. 24, note V. MAZEAUD ; *Gaz. Pal.* 6 juillet 2021, p. 21, note A. STEVIGNON ; *RLDC* novembre 2021, p. 34, chron. V. FORTI ; *RLDC* septembre 2021, p. 13, note O. ROBIN-SABARD.

568 J. HUET *et al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp n^{o} 1518, n^{o} 32345.

259. Ces règles sont maintenues par les avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux[569], qui suggèrent de consacrer, de même, l'atténuation de la responsabilité du concédant dans le contrat d'entreprise gratuit ou le contrat de prestation de service gratuit[570]. Il serait, à cet égard, souhaitable que les avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux, qui consacrent, pour l'un, le contrat de prestation de service gratuit et, pour l'autre, le contrat d'entreprise gratuit, intègrent une disposition prévoyant l'indemnisation du préjudice subi par le concédant à l'occasion de la prestation[571].

260. Ces règles sont justifiées par la faveur du droit à l'égard du concédant, et donc par les motifs bienfaisants de celui-ci. Les auteurs expliquent ces règles par une « *faveur* » ou une « *indulgence* » du droit pour le concédant[572]. Le droit exerce ici sa fonction incitative : ces

569 Voir les nbp précédentes.

570 Article 74 de l'offre de réforme de l'Association Henri Capitant ; article 1765 de l'avant-projet de réforme de la commission Stoffel-Munck. Voir cependant, retenant qu'en matière de convention d'assistance bénévole « *toute faute de l'assistant, fût-elle d'imprudence* », est de nature à engager sa responsabilité : Civ. 1re, 5 janvier 2022, nº 20-20.331, *Bull. civ.* I, p. 293. Sur cet arrêt et sa critique, voir *infra*, n° 893.

571 Articles 69 et suivants de l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant ; articles 1755 et suivant de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck.

572 *En général* : A. ÉTIENNEY DE SAINTE-MARIE, « Gratuité et contrat : le régime du contrat gratuit est-il un régime ? », *loc. cit.* nbp nº 538 ; M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, *op. cit.* nbp nº 557, p. 223-233 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, *op. cit.* nbp nº 557, nº 992 ; J. HUET *et al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp nº 557, nº 22143, nbp nº 32 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp nº 541, nº 1020 : F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp nº 547, nº 102.
En matière de donation : F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 12, Durand & Pedone Lauriel-Bruylant-Christophe et comp., 1874, nº 387 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp nº 542, nº 583 ; D. GUÉVEL, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.* nbp nº 572, nº 479 (absence d'obligation de garantie du donateur).
En matière de prêt à usage : R.-J. POTHIER, *Œuvres complètes. Tome 8. Traités des contrats de bienfaisance*, Thomine et Fortic, 1821, nos 24 (restitution pour besoin pressant et imprévu) et 78 ; M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. Du prêt*, Charles Hingray, 1845, p. 126 ; P. PONT, *Commentaire-traité des petits contrats*, tome 1, 2e édition, Delamotte et fils, 1877, nº 124 ; R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 2e édition, tome 12, par R. Rodière et A. Percerou, Rousseau et cie, 1947, nº 240 (absence d'obligation de garantie) ; J. HUET *et al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp nº 557, nº 22158 (restitution pour besoin pressant et imprévu dans le prêt à usage) ; *ibid.*, nº 22154 (absence de garantie du prêteur) ; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 8e édition, Dalloz, 2019, nº 778 (absence de garantie du prêteur) ; *ibid.*, nº 22143, nbp nº 32 (appréciation de la faute de conservation de l'emprunteur) ; G. CATTALANO, « Offre de réforme du droit des contrats - Le prêt ou la recherche de la cohérence perdue », *in* Dossier « L'offre de projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l'association Henri Capitant », *RDC* septembre 2020, p. 188 (absence de garantie du prêteur) ; C. ROSSETTO, *Le service gratuit*, *op. cit.* nbp nº 539, nos 225-230 (restitution pour besoin pressant et imprévu) et 148 (responsabilité de l'emprunteur). Voir aussi, retenant que le contrat de prêt doit être interprété en faveur du prêteur : P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 12e édition, LGDJ, 2022, nº 635.
En matière de mandat : G. CORNU, obs. sous Civ. 1re, 4 janvier 1980, *Bull. civ.* I, nº 11, *RTD civ.* 1981, p. 407 (appréciation de la faute du mandataire) ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, précité, nº 403 (appréciation de la faute du mandataire) ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14e édition, LGDJ-Lextenso, 2021, nº 665 (faculté de substitution du mandataire). Voir déjà : F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 28, Durand

règles ont pour finalité non d'autoriser, d'imposer ou d'interdire un comportement mais d'encourager l'acte gratuit[573].

261. Or, la faveur du droit n'est justifiée que quand le concédant est animé par une intention bienfaisante[574]. Le concédant est placé dans une situation similaire à celle d'un contractant recevant une contrepartie. Il recherche la satisfaction de son propre intérêt, peu important que celle-ci se trouve dans une contrepartie attendue de son contractant ou dans une prestation attendue ou espérée extérieure à l'acte. Certes, il pourrait être soutenu que le bénéficiaire du contrat de « gratuité » intéressée ne fournissant aucune contrepartie, il ne mérite pas un traitement égal à celui qui paye le prix de la prestation reçue. Mais le bénéficiaire peut légitimement attendre d'un cocontractant qui poursuit son propre intérêt une prestation

& Pedone Lauriel-Bruylant-Christophe et comp., 1877, n° 107 (faculté de renonciation du mandataire) ; C. ROSSETTO, *Le service gratuit*, précité, n^os 245-249 (responsabilité du mandataire). *En matière de dépôt* : P. PONT, *Commentaire-traité des petits contrats*, tome 1, précité, n° 425 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, précité, n° 2211 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 2, *op. cit.* nbp n° 496, n° 1237 ; J. HUET *et al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, précité, n° 33145 ; S. BERNHEIM-DESVAUX, *La responsabilité contractuelle du détenteur d'une chose corporelle appartenant à autrui*, préf. G. Viney, PUAM, 2003, n° 334 (appréciation de la faute du dépositaire) ; C. ROSSETTO, *Le service gratuit*, précité, n° 98-103 (appréciation de la faute du dépositaire).
En matière de contrat d'assistance : J. HUET *et al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, précité, n° 32115 (appréciation de la faute de l'assistant) ; C. ROSSETTO, *Le service gratuit*, précité, n° 154 (responsabilité de l'assistant) ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, rééd., LGDJ, 2014, p. 282 ; L. CAMPION, *La notion d'assistance en droit privé. Étude de doctrine, de jurisprudence et législation comparée*, Bruylant- Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1929, n° 81 ; Y. O'MAHONY, *De la réparation du préjudice subi par celui qui, bénévolement, porte aide ou secours à autrui*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1942, p. 27 ; M. RIOU, « L'acte de dévouement », *RTD civ.* 1957, p. 224 ; S. HOCQUET-BERG, « Remarques sur la prétendue convention d'assistance », *Gaz. Pal*. 9 janvier 1996, p. 32, spéc. n° 2 ; F. ARHAB, « L'essor de la convention d'assistance », *D*. 1998, chron. 566. Voir aussi : C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, préf. Y. Lequette, Defrénois, 2007, n° 798-3 ; A. MONTAS, *Le quasi-contrat d'assistance*, préf. Y. Tassel, avant-propos M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2007, p. 150 (indemnisation de l'assistant).

573 C. ROSSETTO, *Le service gratuit*, *op. cit.* nbp n° 539, n° 82. Sur la fonction promotionnelle du droit : N. BOBBIO, *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, traduit et présenté par D. Solidini, Dalloz, 2012, p. 52-59. L'auteur note que le droit est traditionnellement perçu comme répressif : il aurait pour objectif essentiel d'apporter une sanction négative aux actes déviants (*ibid.*, p. 41-49). Il soutient qu'au contraire le droit emploie aussi « *la technique de l'encouragement* », laquelle « *vise non seulement à protéger mais aussi à provoquer l'exercice des actes conformes* » (*ibid.*, p. 53), « *en essayant de* [les] *rendre nécessaire*[s], *facile*[s] *et avantageu*[x] » (*ibid*., p. 54).

574 Voir en ce sens, évoquant le caractère « désintéressé » du prêteur : P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp n° 572, n° 774 (restitution pour besoin pressant et imprévu dans le prêt à usage) ; R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, tome 12, *op. cit.* nbp n° 572, n° 240 (absence d'obligation de garantie). Voir aussi, évoquant la « *générosité* » du donateur pour justifier une atténuation de sa responsabilité au titre de l'obligation de délivrance : D. GUÉVEL, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.* nbp n° 572, n° 585. Voir encore, retenant la « *gratuité affectueuse du m*andat » : P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp n° 572, n° 391 ; P.-Y. GAUTIER, obs. sous Com., 14 mars 1995, n° 93-12.144, *Bull. civ*. IV, n° 74, *RTD civ.* 1996, p. 195, n° 5.

équivalente à celle fournie par celui qui reçoit une contrepartie. Au contraire, ses exigences doivent être moins élevées à l'égard d'un ami qui s'engage par bienfaisance[575].

262. Ces règles doivent être appliquées uniquement lorsque le concédant est animé par des motifs bienfaisants. C'est la solution retenue par la jurisprudence, qui exclut les actes intéressés du champ d'application des dispositions favorables au concédant. Ainsi, si la Cour de cassation admet l'existence de prêts à usage intéressés[576], elle que les règles favorables au prêteur ne sont pas applicables à ces prêts à usage intéressés. Ainsi, la responsabilité de l'emprunteur n'est pas aggravée[577]. La responsabilité du prêteur du fait d'un défaut de la chose prêtée est alourdie : le prêteur intéressé est tenu d'une obligation de vérification et de contrôle de la chose prêtée[578] et, en cas de défaut, sa connaissance en est présumée[579]. Le prêteur intéressé est également débiteur d'une obligation d'information[580]. La Cour de cassation, approuvée par la doctrine[581], retient donc que le concédant d'un contrat intéressé ne mérite pas de se voir appliquer le régime de faveur, celui-ci étant réservé aux contrats de bienfaisance. Autrement dit, la Cour de cassation adopte la conception abstraite de la gratuité lorsqu'il s'agit de qualifier le contrat de prêt ou de bail, mais considère que l'application du régime du prêt n'est justifiée qu'en présence de motifs bienfaisants.

263. Cette affirmation doit, selon nous, s'étendre à l'obligation de garantie. Certes, l'affirmation est moins nette que pour les diligences attendues du mandataire et du dépositaire.

---

575 Voir, *contra*, retenant que l'essentiel des règles applicables au contrat de prêt gratuit le sont en raison de l'absence objective de contrepartie fournie par l'emprunteur, et non de l'intention bienfaisante du prêteur : G. CATTALANO-CLOAREC, *Le contrat de prêt*, *op. cit.* nbp n° 489, n°s 500-524.

576 Voir *supra*, nbp n°s 457 et 458.

577 Voir ainsi, relevant que les juges du fond avaient noté que la mise à disposition d'une voiture de course par un garage pour la participation à une course n'était « *pas un acte de pure bienfaisance* » car « *le prêteur et le commodataire pouvaient l'un et l'autre éventuellement retirer un avantage de l'utilisation* » du véhicule, et jugeant que c'est « *sans contradiction que la cour d'appel* [a] *énonc*[é] *qu'en pareil cas, le commodataire "est tenu de sa faute lourde"* » : Civ., 9 mai 1966, *Bull. civ.* I, n° 272.

578 Civ. 1re, 8 janvier 1985, n° 83-13.514, *Bull. civ.* I, n° 11.

579 Com., 24 novembre 1980, n° 79-10.233, *Bull. civ.* IV, n° 392 ; *RTD civ*. 1981, p. 651, obs. G. CORNU.

580 Civ. 1re, 25 novembre 2003, n° 01-16.291, *Bull. civ.* I, n° 235.

581 J. HUET *et al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp n° 557, n°s 22109 et 22155 ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2e édition, LGDJ-Lextenso, 2012, n°s 623 et 648 ; P. LE TOURNEAU, J. FISCHER et E. TRICOIRE, *Principaux contrats civils et commerciaux*, Ellipses, 2005, p. 191 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.* nbp n° 581, n°s 420 et 422 ; F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 14e édition, Dalloz, 2022, n° 598 ; J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, 9e édition, LexisNexis, 2019, n° 399. Voir aussi : C. MAURO, « Permanence et évolution du commodat », *Defrénois* 2000, art. 37226, p. 1024 ; C. BÉNOS, « L'altruisme dans le contrat de prêt à usage », *D.* 2013. 2358 ; P. RÉMY, obs. sous TGI Paris, 26 mai 1983, *RTD civ*. 1984, p. 181 ; G. GOUBEAUX, obs. sous Civ. 1re, 15 janvier 1976, *JCP G 1977*. II. 18516 ; G. CORNU, obs. sous Com., 14 octobre 1974, *RTD civ*. 1975, p. 323.
Adde., suggérant l'extension de la théorie du mandat d'intérêt commun pour fonder l'altération du régime du prêt dans son application au prêt intéressé : R. FABRE, « Le prêt à usage en matière commerciale », *RTD com.*, 1977, p. 193 ; C. BÉNOS, « L'altruisme dans le contrat de prêt à usage », précité.

En effet, en ce qui concerne les diligences attendues du mandataire ou du dépositaire, il existe un standard fixé par le code civil, celui de la personne raisonnable. L'articulation entre les obligations du concédant intéressé et désintéressé s'organise autour du principe, la diligence de la personne raisonnable, et d'une exception, une diligence atténuée. L'exception doit être justifiée, et elle l'est, en matière de contrat à titre gratuit, par la faveur du droit envers celui qui est animé par la bienfaisance. Le même raisonnement n'est pas directement transposable en matière d'obligation de garantie. L'obligation de garantie détermine, d'une certaine manière, la « diligence » attendue du concédant. Assortir le transfert du bien d'une obligation de garantie engage le concédant à transmettre un bien conforme à sa destination et dépourvu de vice, tandis qu'à défaut d'obligation de garantie. Or, il pourrait être soutenu qu'il n'existe pas de standard concernant la « diligence » attendue de celui qui transmet un bien à titre temporaire ou définitif[582]. Ainsi, il peut être soutenu que le remettant ne s'engage en principe qu'à transmettre le bien donné, sans garantir que celui-ci est conforme à sa destination et dépourvu de vice. L'obligation de garantie serait justifiée lorsque le récipiendaire fournit une contrepartie, elle aurait pour finalité « *d'éviter que le cocontractant ait consenti un sacrifice lors de la formation du contrat, s'avérant vain par la suite, si celui-ci ne pouvait utiliser la chose*[583] ». En l'absence de contrepartie fournie par le récipiendaire, celui-ci ne pourrait exiger la garantie du remettant. Cependant, il peut également être soutenu que le standard, en matière de transfert d'un bien, est celui du transfert d'un bien conforme à sa destination et exempt de vice. En d'autres termes, il est attendu de la personne raisonnable qu'elle remette un tel bien. La dérogation à un tel principe n'est justifiée que lorsque le concédant est désintéressé. Le concédant intéressé s'engage ainsi, sauf disposition contraire du contrat, à remettre un bien conforme à sa destination et exempt de vices. Seul le concédant désintéressé est dispensé de l'obligation de garantie.

582 En ce sens, l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'association Henri Capitant réserve, dans son titre relatif aux « droits et obligations spéciaux », un traitement différent au transfert d'un droit réel et aux autres prestations. Concernant le transfert d'un droit réel, elle distingue, pour déterminer l'existence d'une obligation de garantie, entre le titre onéreux et le titre gratuit (article 1). Elle n'opère pas de telle distinction pour la prestation de service (article 3), la représentation (article 4), ou l'obligation de conservation (article 9). Il en ressort un régime général de ces obligations, dont il peut être déduit qu'elles sont soumises au standard de la personne raisonnable. Notons toutefois qu'en ce qui concerne le droit personnel de jouissance, l'offre de réforme consacre « *le droit d'exiger de son débiteur certaines utilités d'un bien* » (article 2), ce dont il ressort que le prêteur s'engage, en principe, à délivrer un bien conforme à sa destination et dépourvu de vice.

583 R. BOFFA, *La destination de la chose*, Defrénois, 2008, n° 449-2 cité par G. CATTALANO-CLOAREC, *Le contrat de prêt, op. cit.* nbp n° 489, n° 524. *Adde*. S. BÉNILSI, *La gratuité en droit privé, op. cit.* nbp n° 538, p. 103-107. Voir aussi, retenant que l'absence d'obligation de garantie est justifiée par l'absence de perte du donateur : D. GUÉVEL, *Droit des successions et des libéralités, op. cit.* nbp n° 572, n° 479 ; C. JUBAULT, *Droit civil : les successions, les libéralités*, 2e édition, Montchrestien, 2010, n° 806.

264. En ce sens, la directive du 20 mai 2019[584] et l'ordonnance du 29 septembre 2021[585] concernant les contrats relatifs à la fourniture de contenus numériques et aux services numériques disposent que la garantie légale de conformité s'applique non seulement aux contrats dans lesquels le consommateur s'acquitte d'un prix, mais également à ceux dans lesquels il fournit un avantage autre, telle que l'autorisation d'exploiter des données à caractère personnel[586]. Certes, dans ces textes, la garantie légale de conformité est conditionnée à la fourniture par le consommateur de données à caractère personnel. Cependant, l'exigence de fourniture de données personnelles ne nous semble mettre en évidence moins l'existence d'un sacrifice consenti par le consommateur que la garantie légale de conformité viendrait compenser que l'existence d'un intérêt poursuivi par le concédant[587]. Peu importe que le consommateur ne paie pas de prix, dès lors que le professionnel poursuit un intérêt dans l'exploitation des données personnelles fournies par le consommateur. Les motifs doivent être pris en compte pour déterminer si le concédant est tenu à une obligation de garantie, et, plus généralement, pour statuer sur l'existence et la consistance de ses obligations et de celles du bénéficiaire. Le motif intéressé du concédant exclut également les règles justifiées par le désintéressement du concédant.

§2. LES RÈGLES JUSTIFIÉES PAR LE DÉSINTÉRESSEMENT DU CONCÉDANT

265. Malgré l'hostilité doctrinale quant à la prise en compte des motifs, celle-ci est nécessaire pour la délimitation du champ d'application du régime de la gratuité. La défense de la conception abstraite de la gratuité passe, selon nous, par celle d'une prise en compte des motifs dans la qualification du contrat à titre gratuit. Nous cherchons à démontrer, notamment, que les motifs sont déterminants dans la justification du régime de la gratuité, et,

584 Directive 2019/770 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques.

585 Ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques a inséré dans le code de la consommation.

586 L'article 3 de la directive vise précisément les contrats dans lesquels le consommateur fournit ou s'engage à fournir des données personnelles. Les articles L. 217-1 et L. 224-25-2 du code de la consommation visent plus généralement les contrats dans lesquels le consommateur fournit un avantage autre qu'un prix, ce qui peut inclure des données personnelles. Sur ce point, voir aussi : S. BERNHEIM-DESVAUX, « Réflexion autour de l'ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques », *Contrats, conc., consom.* 2021, comm. 174 ; G. LOISEAU, « L'ordonnance du 29 septembre 2021 : un texte fondateur d'un droit des contrats portant sur les biens et services numériques », *Comm. com. électr.* 2021, étude 21 ; J.-D. PELLIER, « La nouvelle garantie légale de conformité est arrivée ! », *RDC* mars 2022, p. 71.

587 Voir *infra*, n^{os} 385-393.

par voie de conséquence, dans la délimitation du champ d'application de ce régime. Tout particulièrement, certaines règles nous paraissent justifiées par le désintéressement du concédant, de sorte que leur application au contrat intéressé doit être exclue.

266. Plan. Certaines dispositions sont justifiées par l'absence de poursuite par le concédant de son propre intérêt (A.). D'autres reposent, plus précisément, sur les conséquences de cette absence d'intérêt lorsque l'avantage fourni est le transfert d'un bien : l'appauvrissement du concédant (B).

A. Les règles justifiées par l'absence d'intérêt proprement dit
B. Les règles justifiées par la volonté d'appauvrissement

A. LES RÈGLES JUSTIFIÉES PAR L'ABSENCE D'INTÉRÊT PROPREMENT DIT

267. Plan. Deux ensembles de règles nous paraissent fondées sur l'absence d'intérêt poursuivi par le concédant. L'absence d'intérêt poursuivi par le concédant, associé au doute sur la réalité de l'intention du concédant de s'engager juridiquement, caractérise la faiblesse des fondements de la force obligatoire, laquelle est notamment compensée par le formalisme de l'acte (1.). Le défaut d'intérêt du concédant exclut que l'acte ait été accompli dans le cadre d'une activité économique. Seuls les actes intéressés peuvent s'inscrire dans une activité économique. Les actes gratuits, parce qu'ils sont désintéressés, ne sont pas soumis aux réglementations économiques (2.). Dès lors que le concédant poursuit un intérêt, que l'acte relève de la « gratuité » intéressée, ces règles doivent être écartées.

1. Le formalisme
2. L'exclusion du champ des règlementations économiques

1. Le formalisme

268. Les fondements de la force obligatoire de l'engagement désintéressé sont plus fragiles que ceux de la force obligatoire de l'engagement intéressé. La force obligatoire d'un engagement repose sur l'intention de s'engager de son auteur, sur l'existence d'un intérêt poursuivi par ce dernier et sur l'attente légitime du destinataire de l'engagement que ce dernier sera exécuté[588]. En d'autres termes, il est juste de contraindre celui qui s'engage à s'exécuter parce qu'il l'a accepté, parce qu'il retire un intérêt de son engagement, et parce que le destinataire peut légitimement s'attendre à cette exécution. Dans l'accord désintéressé conclu

588 Voir *infra*, n^{os} 553-560.

entre le concédant et le bénéficiaire, aucun de ces fondements n'est pleinement satisfaisant. Il existe un doute sur l'existence d'une réelle intention de s'engager du concédant. Celui-ci ne retire aucun intérêt de l'acte. Le bénéficiaire ne peut légitimement s'attendre à ce que cet engagement soit exécuté. Des règles ont pour finalité de pallier cette faiblesse des fondements de la force obligatoire dans le contrat à titre gratuit : le formalisme, sur lequel nous allons nous attarder, mais également l'irrévocabilité spéciale des donations permet la même analyse[589]. Nous reviendrons ultérieurement sur le fondement de la force obligatoire du contrat et ses liens avec le formalisme[590]. À ce stade, contentons-nous de relever que certains contrats à titre gratuit sont soumis à une exigence de forme qui nous paraît justifiée par leur gratuité, et plus particulièrement par le désintéressement du concédant.

589 Tous les contrats sont en principe irrévocables. La règle de l'irrévocabilité spéciale des donations dépasse l'irrévocabilité du contrat et recouvre un ensemble d'interdictions : sont nulles la donation de biens à venir, c'est-à-dire de tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès, la donation au sein de laquelle est stipulée une faculté de rétractation, de dédit ou de repentir au profit du donateur est nulle, la donation avec charge d'acquitter les dettes futures du donateur (articles 943 à 947 du code civil). Sur l'irrévocabilité spéciale des donations, voir : M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 541, n° 1208 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 542, n° 495 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 399, n° 459 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 396, n°s 342-343. La justification la plus communément évoquée par les auteurs réside dans la défiance à l'égard des donations. Ces règles manifesteraient l'hostilité du législateur à l'égard des donations et tendraient simplement à les rendre plus difficiles à réaliser et plus rares (C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 5, 4e édition, Warée, 1824, n° 221 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 12, *op. cit.* nbp n° 572, n° 408 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 2, *op. cit.* nbp n° 540, n° 356 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 3, *op. cit.* nbp n° 552, n° 2595 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Régimes matrimoniaux. Successions-Libéralités*, *op. cit.* nbp n° 542, n° 3558 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, Le*çons de droit civil. Tome 4. 2. Successions - Libéralités*, 5e édition par L. Leveneur et S. Leveneur, Montchrestien, 1999, n° 1448 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.* nbp n° 399, n° 343 ; H. ROLAND, *Droit des libéralités*, Ellipses, 2000, n° 662). Des auteurs énoncent que ces finalités n'étaient plus pertinentes en 1804 et ne le sont pas davantage aujourd'hui (C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 5, précité, n° 221 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983, n° 503 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 3, 3e édition, Librairie du recueil Sirey, 1940, n°s 1349-1350). Le maintien de la règle est en débat. Sur les questions techniques soulevées par le débat, voir : H. LÉCUYER, « L'irrévocabilité spéciale des donations », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Litec, 2001, p. 45 ; W. DROSS, « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », *RTD civ.* 2011, p. 25 et les références citées. Sur les questions de politique juridique, voir : T. GENICON, « De l'irrévocabilité spéciale des donations à l'ordre public des transferts de propriété à titre gratuit », *in Liber amicorum. Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois-Lextenso, 2012, p. 303. Pour d'autres, ces interdictions préservent également le donateur du risque de se croire protégé par les stipulations et en conséquence de consentir des donations irréfléchies (G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les successions et les libéralités*, précité, n° 503 ; R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, tome 6, *op. cit.* nbp n° 540, n° 32 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 3, *op. cit.* nbp n° 540, n° 1646 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 396, n° 62 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 541, n° 1210 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 542, n°s 496-497). Elles permettent donc de s'assurer du sérieux de l'intention du donateur. En d'autres termes, elles conditionnent chez le donataire la naissance de l'attente légitime dans l'exécution et l'absence de révocation de la donation.

590 Voir *infra*, n°s 546-550.

269. Le formalisme des contrats à titre gratuit constitue un élément objectif nécessaire pour fonder la force obligatoire de l'engagement du concédant ; il n'est nécessaire que lorsque le concédant est animé par une intention bienfaisante. Les contrats sont en principe consensuels : ils sont valables quelle que soit la forme par laquelle les parties ont exprimé leurs consentements[591]. Toutefois, pour la conclusion de certains contrats, la loi impose la rédaction d'un écrit soumis à une ou plusieurs formalités telles que la signature des deux parties ou l'intervention d'un notaire. Ils sont dits solennels[592]. Certains contrats ne sont conclus que lors de la remise d'une chose, ils sont réels[593]. Or, la majorité des contrats à titre gratuit ne sont valablement conclus que lorsque les parties ont exprimé leur consentement selon une forme ou par l'adoption d'un comportement prédéterminé par la loi[594]. La donation doit, en principe, prendre la forme d'un acte notarié[595]. Le prêt et le dépôt ne sont formés qu'à la remise de la chose[596]. Le formalisme constitue ainsi un élément du régime de la gratuité[597].

---

591 Articles 1102 nouveau : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.* » Et article 1172 alinéa 1er nouveau : « *Les contrats sont par principe consensuels*. »

592 Article 1109 alinéa deuxième du code civil : « *Le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi.* »

593 Article 1109 alinéa troisième du code civil : « *Le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose.* »

594 Nous reviendrons sur ces points. Nous soutiendrons que tous les contrats à titre gratuit sont soumis à des exigences de forme : voir *infra*, Seconde partie, Titre Second, Chapitre deuxième, spéc. n^{os} 591-595 et 597-604.

595 Article 931 du code civil : « *Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité.* »

596 *Pour le prêt* : voir par exemple, Civ. 1re, 20 juillet 1981, n^{o} 80-12.529, *Bull. civ.* I, n^{o} 267 ; Civ. 1re, 19 juin 2008, n^{o} 06-19.056, *Bull. civ.* I, n^{o} 175. La solution est déduite de l'article 1875 du code civil : « *Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi.* » La Cour de cassation a retenu que par exception, le prêt consenti par un professionnel du crédit est un contrat consensuel : Civ. 1re, 27 novembre 2001, n^{o} 99-10.633, *Bull. civ.* I, n^{o} 188 ; Civ. 1re, 5 juillet 2006, n^{o} 04-12.588, *Bull. civ.* I, n^{o} 307. L'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'association Henri Capitant propose de supprimer le caractère réel du prêt : article 102. L'avant-projet de réforme de la commission Stoffel-Munck distingue selon que le prêt est intéressé ou désintéressé, le prêt intéressé étant consensuel et le prêt désintéressé réel : articles 1877 (prêt à usage) et 1893 (prêt de consommation).
Pour le dépôt : voir l'article 1919 du code civil, selon lequel « *Il n'est parfait que par la remise réelle ou fictive de la chose déposée* ». Le caractère réel du contrat de dépôt est conservé par les avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux : article 128 de l'offre de réforme de l'association Henri Capitant ; article 1920 de l'avant-projet de la commission Stoffel-Munck. Les commentaires contenus dans le document de présentation de l'offre de réforme indiquent que ce caractère réel permet de « *faire face aux besoins de la pratique* », sans indiquer précisément la nature de ces besoins (offre de réforme, p. 57, *in fine*).
Sur ces avant-projets, voir *supra*, n^{o} 95.
Sur tous ces points, voir *infra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier, et notamment n^{os} 269-270, 593, 593.

597 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 2, *op. cit.* nbp n^{o} 557, n^{o} 916 ; R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, tome 6, *op. cit.* nbp n^{o} 557, n^{o} 39 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, *op. cit.* nbp n^{o} 547, n^{o} 64.

270. Le formalisme du contrat à titre gratuit a pour finalité principale de garantir le sérieux de l'intention du concédant de s'engager, constitue un élément objectif fondant son engagement et donne naissance à une confiance légitime du bénéficiaire dans l'existence de cet engagement[598]. L'existence d'un avantage attendu par le concédant fonde la force obligatoire de son engagement. Il importe peu que cet avantage soit interne ou externe au contrat. En d'autres termes, lorsque le concédant poursuit son intérêt personnel, même lorsque celui-ci résulte d'un avantage extérieur au contrat, il n'y a pas de doute sur la réalité de son intention de s'engager, il y a un élément objectif qui constitue la cause de son engagement et le bénéficiaire peut avoir une confiance légitime dans l'existence de cet engagement. Le formalisme n'est pas nécessaire pour fonder l'engagement de celui qui poursuit son propre intérêt, interne ou externe au contrat. Seul l'engagement animé par une intention bienfaisante est fragile et doit être consolidé par le respect du formalisme. Le formalisme de la gratuité doit donc être réservé aux actes bienfaisants[599].

271. L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck peut, sur ce point, être approuvé avec certaines réserves. Il réserve le caractère réel au contrat de prêt à usage désintéressé et au prêt de consommation gratuit et prévoit que le prêt à usage intéressé et le prêt de consommation onéreux sont consensuels[600]. L'exclusion des contrats onéreux doit être saluée. Seul le caractère désintéressé du contrat justifie le caractère réel du prêt. Ainsi, le prêt de consommation sans intérêts mais de la conclusion duquel le prêteur attend un avantage, qui semble devoir être qualifié de gratuit au sens de l'avant-projet de réforme, devrait être exclu du domaine du réalisme. Il est regrettable, à cet égard, que l'avant-projet ne tire pas toutes les conséquences des qualifications de contrat « intéressé » et « désintéressé » qu'il crée dans le cadre du prêt à usage. L'application du régime de la gratuité est justifiée par le désintéressement du concédant. Or, l'avant-projet distingue le contrat à titre gratuit du contrat désintéressé. Il aurait été souhaitable que l'avant-projet limite le champ des éléments du régime de la gratuité aux contrats désintéressés, et non aux contrats à titre gratuit, qui, en son sens, incluent des contrats intéressés.

598 Sur les finalités de l'exigence de forme dans les contrats à titre gratuit, voir *infra*, n^os^ 575-585.

599 *Contra* : G. CATTALANO-CLOAREC, *Le contrat de prêt*, *op. cit.* nbp n^o^ 489, n^os^ 501-502.

600 Articles 1877 et 1893 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck. Sur cet avant-projet, voir *supra*, n^o^ 95.

2. L'exclusion du champ des règlementations économiques

272. Le contrat à titre gratuit nous paraît devoir être écarté du champ des réglementations économiques en raison du caractère désintéressé de l'engagement du concédant. La doctrine retient habituellement que gratuité et commercialité sont incompatibles : l'acte gratuit ne peut constituer un acte commercial[601]. Par analogie, il ne pourrait pas davantage être soumis aux règles applicables aux contrats conclus par les professionnels[602] ou au droit de la consommation.

273. Relève des réglementations économiques l'acte accompli pour les besoins de l'activité économique de l'une des parties. Est commercial l'acte réalisé par un commerçant « *pour les besoins ou à l'occasion de son commerce*[603] », « *pour les besoins de sa profession*[604] », ou « *dans le cadre de l'activité commerciale* » ce qui « *requiert l'établissement d'un élément de nature psychologique*[605] ». L'article liminaire du code de la consommation définit le professionnel comme « *toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole (…)* ». Est dès lors rattachable à l'activité professionnelle l'acte réalisé

601 G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 2, *op. cit.* nbp n° 540, n° 789 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, *op. cit.* nbp n° 557, n° 992 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol. Tome 2. Obligations, droits réels*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, n° 74 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Contrat*, *op. cit.* nbp n° 547, n° 93 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, É. BLARY-CLÉMENT, *Droit commercial*, 12e édition, LGDJ, 2019, nos 120-121 ; M. PÉDAMON et H. KENFACK, *Droit commercial*, 4e édition, Dalloz, 2015, n° 75 ; D. HOUTCIEFF, *Droit commercial*, 4e édition, Sirey, 2016, n° 234 ; L. VOGEL, *Du droit commercial au droit économique*, 20e édition, LGDJ-Lextenso, 2016, n° 127.

602 Le droit civil étant supposé s'appliquer à tous sans distinction de qualité, le terme « professionnel » n'a fait son apparition dans le livre III du code civil que tardivement, avec l'insertion d'un article relatif au bail conclu par des époux (article 1751 introduit par la loi n° 62-902 du 4 août 1962), la transposition de la directive relative aux produits défectueux (articles 1386-1 et suivants devenus 1245 et suivants, introduits par la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux), puis les dispositions de la loi pour la confiance sur l'économie numérique relatives au contrat conclu par voie électronique (articles 1363-1 et suivants devenus 1174 et suivants, introduits par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique). Avant même l'insertion de ces dispositions, la jurisprudence avait créé une « *ébauche* » d'un régime spécial applicable à ceux qui agissent dans l'exercice de leur profession, et particulièrement aux contrats qu'ils concluent (G. RIPERT, « Ébauche d'un droit civil professionnel », *in Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 677 et A. TUNC, « Ébauche du droit des contrats professionnels », *in Le droit privé français au milieu du XXe siècle, études offertes à Georges Ripert*, tome 2, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, p. 137). Parmi les éléments notables de ce régime se trouvent l'alourdissement de l'appréciation de la faute pour les professionnels, l'ajout d'obligations supplémentaires telle que l'obligation d'information et de sécurité ou la présomption de connaissances des vices cachés par le vendeur professionnel (C. NOBLOT, « Le contractant professionnel à l'épreuve du réalisme judiciaire », *LPA* 9 novembre 2001, p. 3). Malgré leur absence dans la réforme du droit des contrats, ces éléments de régime seront certainement maintenus par la jurisprudence.

603 M. PÉDAMON et H. KENFACK, *Droit commercial*, *op. cit.* nbp n° 601, n° 223.

604 F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et É. BLARY-CLÉMENT, *Droit commercial*, *op. cit.* nbp n° 601, n° 100.

605 D. HOUTCIEFF, *Droit commercial*, *op. cit.* nbp n° 601, n° 167.

« *pour permettre, faciliter, développer ou promouvoir l'exercice de leur activité* », par opposition aux « *opérations qui ne sont ni destinées à attirer ou accroître la clientèle ou à améliorer la gestion de leur entreprise*[606] ». En d'autres termes, est professionnel l'acte réalisé pour les besoins d'une activité professionnelle.

274. Et le professionnel et le commerçant sont caractérisés par l'intention de réaliser un profit. L'activité professionnelle est celle qui a vocation à assurer un revenu à celui qui l'exerce[607], alors que « *le droit commercial est celui de la recherche du profit*[608] ».

275. L'acte désintéressé isolé nous paraît devoir être exclu des réglementations économiques car il n'est pas réalisé pour les besoins de l'activité économique. Lorsqu'une personne physique qui exerce une activité économique consent un acte désintéressé, ce n'est pas en qualité de professionnel ou de commerçant[609]. Cet acte ne relève pas de son activité professionnelle, mais de sa vie personnelle. De même, lorsqu'une personne morale menant une activité économique, par exemple une société commerciale, procure un avantage à autrui[610], cet acte est extérieur à son activité économique : il n'est pas accompli pour les besoins de son activité économique. Il ne doit pas être soumis aux réglementations économiques.

276. La répétition d'actes désintéressés ne peut être qualifiée d'activité économique. Les personnes morales sont susceptibles d'avoir pour objet ou pour activité la réalisation d'une œuvre philanthropique[611]. Par exemple, une association caritative a pour activité la fourniture d'avantages à ses bénéficiaires, et donc la répétition d'actes désintéressés. Se pose dès lors la question de la soumission de cette activité aux réglementations économiques.

277. En faveur de cette soumission, il peut être considéré que la personne qui mène une œuvre philanthropique peut apparaître comme un professionnel contre les abus duquel les bénéficiaires doivent être protégés. La répétition des actes, l'existence d'une organisation fonctionnelle, l'expérience, la compétence et la maîtrise des risques liés à cette activité jouent

606 G. PAISANT, « À la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct" », *JCP G* 2003, doctr. 121.

607 P. LE TOURNEAU, « Les critères de la qualité de professionnel », *LPA* 12 septembre 2005, p. 4 ; D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, préf. X. Boucobza, Institut Universitaire Varenne, 2011, n^{os} 234-237.

608 F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, É. BLARY-CLÉMENT, *Droit commercial*, *op. cit.* nbp n^{o} 601, n^{os} 120-121. *Adde*. M. PÉDAMON et H. KENFACK, *Droit commercial*, *op. cit.* nbp n^{o} 601, n° 75 ; D. HOUTCIEFF, *Droit commercial*, *op. cit.* nbp n^{o} 601, n^{o} 234 ; L. VOGEL, *Du droit commercial au droit économique*, 20e édition, LGDJ-Lextenso, 2016, n^{o} 127.

609 D. HOUTCIEFF, *Droit commercial*, *op. cit.* nbp n^{o} 601, n^{o} 176 ; M. PÉDAMON et H. KENFACK, *Droit commercial*, *op. cit.* nbp n^{o} 601, n^{o} 75 ; *Lamy Associations*, n^{o} 246-20.

610 Il s'agit notamment de l'hypothèse de la société procurant un avantage à une personne physique avec laquelle ses membres entretiennent une relation d'affection. Voir *infra*, n^{os} 469-475.

611 Voir *infra*, Première partie, Titre second, Chapitre second, Section II.

en faveur de la reconnaissance de cette qualité. Cependant, les réglementations économiques ne sont ni prévues ni adaptées à ces activités. Et certaines régulations sectorielles s'appliquent indépendamment du caractère philanthropique de l'activité[612]. La Cour de cassation a ainsi retenu que la Société de protection des animaux (SPA) n'agissait pas à titre professionnel dans son activité de dons de chiens. Dans cette affaire, le particulier avait sollicité la reconnaissance du caractère abusif d'une clause imposant aux particuliers ayant recueilli un chien l'agrément de la SPA pour le céder à un tiers. La Cour de cassation a censuré l'arrêt ayant retenu la qualité de professionnel de l'association, au motif que « *lorsqu'elle procède au don de chiens, la SPA agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, de sorte qu'elle n'a pas la qualité de professionnel*[613] ». L'activité caractérisée par l'accomplissement d'actes désintéressés et tendue vers cet accomplissement ne constitue pas une activité économique.

278. L'acte de « gratuité » intéressée peut s'inscrire dans le cadre d'une activité économique. L'acte relevant de la gratuité intéressée peut permettre, faciliter, développer ou promouvoir l'activité, notamment en attirant la clientèle, ou en facilitant la gestion du groupe de sociétés, et donc de l'entreprise[614]. Il peut être, comme les autres actes à titre onéreux, rattaché à une activité économique[615]. Par exemple, le « prêt » d'une tireuse à bière et le « don » de parasols publicitaires à la société exploitant un bar par un brasseur nous paraissent devoir constituer des actes de commerce.

612 Voir par exemple le règlement (CE) n° 178/2002 du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires, et notamment son considérant 13, précisant que les obligations imposées aux entreprises concernent « *toute entreprise publique ou privée assurant, dans un but lucratif ou non, des activités liées aux étapes de la production, de la transformation et de la distribution de denrées alimentaires* ».

613 Civ. 1re, 1er juin 2016, n° 15-13.236, *Bull. civ.* I, n° 186 ; *Contrats, conc., consom.* 2016, comm. 201, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; *JCP E* 2016, n° 1419, comm. R. LOIR ; *D.* 2016. 1844, obs. G. LOISEAU ; *LPA* 20 octobre 2016, p. 10, note C. BOUIX ; *JCP G* 2016, act. 924, note G. PAISANT ; *RDC* 2017, p. 109, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.
Ainsi que l'ont relevé les commentateurs, cet arrêt est susceptible de plusieurs interprétations. Selon une première interprétation, la SPA ne serait jamais soumise au droit de la consommation parce qu'elle n'exerce aucune activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole. Dans une seconde perspective, la SPA peut y être soumise parce qu'elle exerce une telle activité, mais ne l'est pas dans le cadre de son activité de don de chiens parce qu'alors elle n'agit pas dans le cadre de cette activité. Troisièmement, l'activité de don de chiens peut être soumise au droit de la consommation en ce qu'elle implique des actes à titre onéreux – par exemple, le paiement de frais de vaccination ou de stérilisation de l'animal, le versement d'une caution – mais le don en lui-même ne peut être rattaché à une activité professionnelle. En toute hypothèse, il ressort de cet arrêt que la SPA n'agit pas en qualité de professionnel dans l'accomplissement de l'œuvre philanthropique constituée par la répétition des dons de chiens.

614 Voir *infra*, nos 363-366.

615 En ce sens : D. HOUTCIEFF, *Droit commercial*, *op. cit.* nbp n° 601, n° 176.

279. De même, la répétition d'actes de « gratuité » intéressée peut constituer une activité économique. La société qui adopte un modèle économique fondé sur la « gratuité » intéressée nous paraît exercer une activité économique. Par exemple, l'édition de journaux gratuits financés par la publicité constitue selon nous une activité économique.

280. En droit positif, la fourniture de données personnelles justifie l'application de certaines dispositions du code de la consommation. Ainsi, la directive du 20 mai 2019[616], et l'ordonnance du 29 septembre 2021[617] qui la transpose en droit français, régissant les contrats relatifs à la fourniture de contenus numériques et aux services numériques, ont assimilé, dans la délimitation de leur champ d'application, la fourniture de données personnelles à un prix. Ces textes précisent que la réglementation s'applique aux contrats de fourniture de contenus et services numériques dans lesquels le consommateur fournit un prix ou des données personnelles[618]. Avant même ces réformes, des décisions du tribunal de grande instance de Paris relatives à Twitter et Google avaient admis que les contrats de réseautage social relevaient du droit de la consommation, aux motifs que l'utilisateur procurait une contrepartie prenant la forme de l'autorisation d'exploitation les données personnelles[619].

---

616 Directive 2019/770 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques.

617 Ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques a inséré dans le code de la consommation.

618 L'article 3 de la directive dispose que celle-ci s'applique à tout contrat par lequel « *le consommateur s'acquitte ou s'engage à s'acquitter d'un prix* » ou « *le consommateur fournit ou s'engage à fournir des données à caractère personnel au professionnel* ». L'article L. 111-1 du code de la consommation issu de l'ordonnance du 29 septembre 2021 dispose que le consommateur doit être informé, avant la conclusion du contrat sur « *Le prix ou tout autre avantage procuré au lieu ou en complément du paiement d'un prix* ». L'article R. 211-5 du même code vise l'hypothèse dans laquelle « *cet avantage conduit le professionnel à traiter des données à caractère personnel du consommateur* ». Cette formulation peut être comprise comme une assimilation de l'autorisation d'exploiter les données personnelles, constituant l'avantage conduisant le professionnel à les traiter, à un prix. Cette interprétation est confirmée par le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance, lequel précise qu'elle « *est applicable à tout contrat à titre onéreux, y compris les contrats par lesquels le professionnel reçoit un avantage au lieu ou en complément d'un prix (par exemple, lorsque le professionnel procède à la valorisation des données à caractère personnel collectées auprès d'un consommateur usager d'un réseau social)* ». Voir aussi la directive 2019/2161 du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs, considérant n° 31. Sur ces textes : S. BERNHEIM-DESVAUX, « Réflexion autour de l'ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques », *Contrats, conc., consom.* 2021, comm. 174 ; G. LOISEAU, « L'ordonnance du 29 septembre 2021 : un texte fondateur d'un droit des contrats portant sur les biens et services numériques », *Comm. com. électr.* 2021, étude 21 ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Chronique de droit européen des contrats », *Contrats, conc., consom.* 2020, chron. 1 ; J.-D. PELLIER, « Regard sur la transposition de la directive Omnibus », *RDC* juin 2022, p. 95 ; H. AUBRY, É. POILLOT, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation », *D.* 2022. 574.

619 CA Paris, 12 février 2016, n° 15/08624, *Facebook* ; *Dalloz IP/IT* 2016. 214, obs. S. ANDRE et C. LALLEMAND ; *RTD civ.* 2016. 310, obs. L. USUNIER ; *Comm. com. électr.* 2016, comm. 33, note G.

281. Il faut aller plus loin et retenir que toute répétition d'actes de « gratuité » intéressée peut constituer une activité économique. Une activité peut être qualifiée d'économique et relever, notamment, du droit de la consommation, même en l'absence de fourniture de données personnelles par l'utilisateur. La fourniture de données personnelles ne doit pas être un critère de qualification d'économique de l'activité reposant sur un modèle de « gratuité » intéressée. C'est la poursuite d'un intérêt par le fournisseur de services, quelle qu'en soit la source, qui justifie l'application du droit de la consommation. Et l'énonciation selon laquelle le contrat est gratuit pour l'utilisateur est inopportune car trompeuse. Le contrat conclu entre l'utilisateur et le fournisseur de services doit être qualifié de contrat à titre onéreux et soumis aux réglementations économiques en général, et au droit de la consommation en particulier. Ainsi, le champ d'application du droit commercial, et des règlementations économiques en général, dépend du désintéressement motif poursuivi par le concédant : elles sont compatibles avec la poursuite d'un motif intéressé, mais non d'un motif bienfaisant. D'autres règles sont justifiées, plus précisément, par la volonté d'appauvrissement du concédant.

B. LES RÈGLES JUSTIFIÉES PAR LA VOLONTÉ D'APPAUVRISSEMENT

282. Certaines règles trouvent leur source dans l'appauvrissement volontaire du concédant. Nous nous attarderons tout particulièrement sur le rapport et la réduction, les nullités de la période suspecte et l'admission de l'action paulienne sans preuve de la fraude du tiers.

283. Pour la plupart de ces règles, au-delà de la volonté d'appauvrissement, c'est le désintéressement dont procède cet appauvrissement qui est visé. Le concédant qui agit dans son intérêt ne s'appauvrit en principe pas. Celui qui concède un acte de « gratuité » intéressée

LOISEAU ; *ibid*., étude 12, note F. MAILHE ; *Gaz. Pal.* 13 septembre 2016, p. 28, obs. S. PIEDELIÈVRE ; *RDC* 2017, p. 264, note J. HUET ; TGI Paris, ord., 5 mars 2015, n° 12/12401, *Gaz. Pal.* 30 mai 2015, p. 18, note S. PRIEUR ; *Comm. com. électr.* 2015, comm. 51, note G. LOISEAU ; TGI Paris, 7 août 2018, n° 14/07300, *Twitter* ; *Dalloz IP/IT* 2019, p. 57, obs. D. FOREST ; *AJ contrat* 2018, p. 487, obs. L.-M. AUGAGNEUR ; *CCE* 2018, comm. 74, note G. LOISEAU ; *JCP E* 2018, p. 1046, note G. RAYMOND ; *D.* 2019. 607, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RLDI* octobre 2018, p. 53, obs. A. TOUATI et T. HA ; *RLDC* décembre 2018, p. 9, obs. S. HAGANI ; TGI Paris, 12 février 2019, n° 14/07224, *Google* ; *CCE* 2019, comm. 23, note G. LOISEAU ; *CCC* 2019, comm. 77, note S. BERNHEIM-DESVAUX ; *AJ contrat* 2019, p. 175, obs. L.-M. AUGAGNEUR ; *Dalloz IP/IT* 2019, p. 137, obs. C. CRICHTON ; *ibid.*, p. 258, obs. D. LEBEAU-MARIANNA et A. BALDUCCI. Voir aussi *infra*, n^os^ 385-393. Voir aussi : Commission des clauses abusives, recommandation n° 2014-02, 7 novembre 2014, relative aux contrats proposés par les fournisseurs de réseaux sociaux, n° 14 ; *Comm. com. électr.* 2015, comm. 4, note G. LOISEAU ; *JCP E* 2015, n° 1136, note A.-L. FALKMAN ; *RDC* 2015 p. 496, note A. DEBET.

en attend un avantage équivalent, quoiqu'extérieur à l'acte ou éventuel. Mais cet appauvrissement résulte de l'absence d'intérêt poursuivi par le concédant. En effet, celui qui concède un acte de « gratuité » intéressée ne s'appauvrit pas, en principe. Il poursuit un intérêt qu'il estime subjectivement être équivalent à l'avantage consenti. Il importe peu que cet intérêt soit extérieur à l'acte. Seul le concédant désintéressé s'appauvrit.

284. Toutefois, dans le cas de l'action paulienne, la volonté d'appauvrissement ne procède pas du désintéressement mais d'une intention frauduleuse. Si le créancier qui exerce l'action paulienne doit en principe prouver la fraude du tiers contractant, il en est dispensé lorsque le contrat est à titre gratuit. Cette règle est véritablement incompatible avec la conception bienfaisante de la gratuité. La difficulté peut être écartée par une redéfinition de son domaine en supprimant la référence au contrat à titre gratuit.

285. Plan. Certaines règles sont justifiées par l'appauvrissement résultant de l'absence de poursuite par le concédant de son intérêt personnel (1.). Seule la disposition relative à l'acte à titre gratuit en matière d'action paulienne évoque un appauvrissement qui ne résulte pas du désintéressement, mais au contraire d'une volonté d'appauvrissement frauduleuse. Elle doit être exclue du régime de la gratuité (2.).

1. Les règles justifiées par l'appauvrissement désintéressé
2. L'exclusion du régime de la gratuité de la règle justifiée par l'appauvrissement

1. Les règles justifiées par l'appauvrissement désintéressé

286. Le rapport successoral, qui a pour finalité de garantir l'égalité entre les héritiers du défunt, doit être réservé aux actes bienfaisants. Le rapport est un mécanisme jouant dans le règlement de la succession. Si le défunt a eu plusieurs enfants, et qu'il a réalisé des donations au bénéfice d'un ou de plusieurs d'entre eux, la valeur des biens donnés doit en principe être réintégrée dans le patrimoine du défunt pour être partagée entre les héritiers[620]. Cette réintégration est dénommée rapport successoral. Si le patrimoine du défunt est suffisant, le rapport aura pour simple effet l'imputation de la valeur des biens donnés sur celle de sa part successorale du donataire : le bénéficiaire de la donation recevra une part réduite du montant de la donation. Si le patrimoine successoral est insuffisant, le bénéficiaire de la donation sera

620 Article 843 alinéa premier du code civil : « *Tout héritier, même ayant accepté à concurrence de l'actif, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donations entre vifs, directement ou indirectement ; il ne peut retenir les dons à lui faits par le défunt, à moins qu'ils ne lui aient été faits expressément hors part successorale.* »

redevable envers ses cohéritiers d'une indemnité. Les contrats à titre onéreux, même déséquilibrés, ne sont pas soumis au rapport.

287. La doctrine est unanime sur la finalité du rapport successoral : il garantit l'égalité entre les héritiers[621]. Plus précisément, la règle étant supplétive[622], elle repose sur une présomption de volonté du donateur[623]. Le droit présume que celui qui donne à l'un de ses enfants ne souhaite que lui consentir une avance sur succession, et non l'avantager au détriment des autres et rompre l'égalité entre eux.

288. Le rapport est dépourvu d'utilité dans les actes motivés par la poursuite d'un intérêt personnel par le concédant. D'une part, l'égalité entre les héritiers qu'il a pour finalité de garantir n'est que la traduction technique d'un objectif de préservation de la paix dans les familles. Il s'agit de présumer que le disposant n'a pas souhaité manifester de préférence à l'égard d'un de ses héritiers[624]. En concluant un contrat par lequel le concédant poursuit son propre intérêt, il n'avantage pas, en principe, un héritier par rapport à un autre. D'autre part, le contrat motivé par l'attente d'un avantage qui lui est extérieur n'appauvrit pas le concédant. Il n'y a appauvrissement qu'en cas d'erreur d'appréciation du concédant, d'erreur sur l'intérêt économique qu'il retirait effectivement de l'opération. Une telle erreur ne constitue pas l'avantage volontairement consenti que le rapport a pour objet de neutraliser. Le contrat par lequel le parent n'a concédé un avantage à son enfant que dans la poursuite de son propre intérêt,

621 Voir par exemple : C. E. DELVINCOURT, *Cours de code Napoléon*, tome 1, Gueffier, 1813, p. 208 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 10, Durand & Pedone Lauriel-Bruylant-Christophe et comp., 1874, n° 546 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 2, *op. cit.* nbp n° 540, n° 242 ; M. GRIMALDI, *Droit des successions*, 7e édition, LexisNexis, 2017, n° 724 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 542, n° 1046 ; A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, 4e édition, PUF, 2020, p. 507.

622 Le donateur a la possibilité de dispenser l'héritier du rapport par une clause contraire : article 843 alinéa premier du code civil, cité *supra*, nbp n° 620.

623 Voir par exemple : F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 10, *op. cit.* nbp n° 621, n° 546 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 2, *op. cit.* nbp n° 540, n° 242 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 3, 3e édition, Librairie du recueil Sirey, 1940, n° 1080 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*. *Tome 4. Régimes matrimoniaux. Successions-Libéralités*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1959, n° 2843 ; M. GRIMALDI, *Droit des successions*, *op. cit*. nbp n° 621, n° 738 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 399, n° 506.

624 Voir ainsi, retenant que le rapport n'a pas pour finalité l'établissement d'une « *égalité abstraite, purement arithmétique* » (M. NICOD, obs. sous Civ. 1re, 8 novembre 2005, *D*. 2006. pan. 2072) et que son application doit être raisonné, de manière à constituer « *une source d'apaisement des règlements successoraux* » (F. SAUVAGE, « L'autonomie de la notion d'avantage indirect assujetti au rapport à succession », *JCP G* 2012, act. 513).

ne doit, selon nous, pas être soumis au rapport. Le rapport n'est pertinent que pour les actes motivés par une intention bienfaisante[625].

289. La réduction des libéralités concrétise un devoir de transmettre une partie de son patrimoine à ses descendants, ou à défaut à son conjoint ; les actes inspirés par la poursuite d'un intérêt, qui n'appauvrissent pas le concédant, ne sont pas soumis à la réduction pour atteinte à la réserve héréditaire. La réserve héréditaire est la fraction du patrimoine d'une personne qui doit revenir à ses descendants ou à défaut son conjoint survivant[626]. On ne peut disposer que d'une fraction de son patrimoine dénommée quotité disponible[627]. Lors du règlement de la succession, toute libéralité qui excède la quotité disponible et porte ainsi atteinte à la réserve héréditaire peut être réduite à la demande des héritiers réservataires. Le donataire devra donc restituer à la succession la portion de la donation qui dépasse la quotité disponible et elle sera partagée entre les héritiers réservataires[628]. Les contrats à titre onéreux ne peuvent faire l'objet d'une réduction, quand bien même les prestations respectives des parties ne seraient pas équivalentes.

290. Les justifications de l'existence de la réserve héréditaire sont plurielles et leurs importances respectives ont varié[629]. Elle a pour fonction de consacrer un devoir moral ou social envers ses proches, et en particulier ses descendants[630]. Ainsi, elle consolide le lien de

625 La jurisprudence nous paraît pouvoir être interprétée en ce sens. La Cour de cassation affirme que ne peuvent être soumis au rapport que les actes inspirés par une intention libérale : Civ. 1re, 18 janvier 2012, nos 10-25.685, 09-72.542, 10-27.325, et 11-12.863, *Bull. civ.* I, nos 7, 8 et 9 ; *D.* 2012. 2476, chron. M. NICOD ; *AJ fam.* 2012, p. 235, obs. E. BUAT-MÉNARD ; *RTD civ.* 2012, p. 307, obs. J. HAUSER ; *ibid*. 353, obs. M. GRIMALDI ; *RLDC* juin 2012, p. 43, note R. MÉSA ; *JCP G* 2012, act. 513, note F. SAUVAGE. Elle précise, toujours dans le cadre du rapport, que l'intention libérale ne peut être déduite du déséquilibre économique : Civ. 1re, 1er février 2017, no 16-13.022, inédit ; Civ. 1re, 20 avril 2017, no 16-14.061, inédit. Les relations entretenues par le concédant et le bénéficiaire sont propres à établir l'intention libérale : Civ. 1re, 15 mars 2017, no 15-29.273, inédit ; Civ. 1re, 17 mai 2017, no 16-12.310, inédit. Corrélativement, le constat des mauvaises relations entre l'auteur et la bénéficiaire écarte l'intention libérale et donc la qualification de donation rapportable : Civ. 1re, 25 mai 2016, no 15-16.160, *Bull. civ.* I, no 117. Sur cette jurisprudence, voir aussi *supra*, nos 164-167.

626 Article 912 alinéa premier du code civil : « *La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent*. »

627 Article 912 alinéa second du code civil : « *La quotité disponible est la part des biens et droits successoraux qui n'est pas réservée par la loi et dont le défunt a pu disposer librement par des libéralités.* »

628 Article 920 du code civil : « *Les libéralités, directes ou indirectes, qui portent atteinte à la réserve d'un ou plusieurs héritiers, sont réductibles à la quotité disponible lors de l'ouverture de la succession*. »

629 C. PÉRÈS et P. POTENTIER (dir.), *La réserve héréditaire*, rapport remis le 13 décembre 2019 à Mme Nicole Belloubet, no 117

630 Voir par exemple : R. T. TROPLONG, *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*, 2e édition, tome 1, Administration du journal des notaires et des avocats, 1862, no 19 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 2, *op. cit.* nbp no 540, no 407 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 3, *op. cit.* nbp no 623, no 1657 ; M. GRIMALDI, *Droit des*

filiation[631] et exprime une exigence de solidarité familiale[632]. Elle protège la famille du donateur contre les risques de captation[633]. Elle « *préserve la liberté des enfants contre une forme de despotisme parental ou de tyrannie domestique*[634] ».

291. Or, celui qui poursuit un intérêt extérieur au contrat ne s'appauvrit pas : il obtient, en contrepartie de l'avantage conféré au bénéficiaire, l'utilité qu'il recherchait. L'acte de « gratuité » intéressée n'a pas pour effet de diminuer le patrimoine du concédant. Il ne réduit pas l'assiette des droits successoraux présomptifs. Il n'appauvrit pas la famille. Seuls les actes de gratuité bienfaisante constituent donc l'appauvrissement volontaire susceptible de porter atteinte à la réserve héréditaire.

2. L'exclusion du régime de la gratuité de la règle justifiée par l'appauvrissement frauduleux

292. Si le créancier qui exerce l'action paulienne doit en principe prouver la fraude du tiers contractant, il en est dispensé lorsque le contrat est à titre gratuit. Le créancier peut demander que les contrats conclus par son débiteur lui soient déclarés inopposables s'il établit que ces contrats ont été conclus en fraude de ses droits[635]. Les créanciers doivent toujours prouver l'intention frauduleuse de leur débiteur. Les conditions supplémentaires de succès de l'action varient selon que le contrat est à titre onéreux ou à titre gratuit. Selon les termes du code civil, « *s'il s'agit d'un acte à titre onéreux* », l'action ne peut prospérer que si les créanciers établissent la complicité frauduleuse du tiers cocontractant du débiteur[636]. *A contrario*, si le contrat est à titre gratuit, cette preuve n'est pas requise.

---

successions, *op. cit.* nbp n° 621, n^{os} 293-299 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 542, n^{os} 700-705.

631 C. PÉRÈS et P. POTENTIER (dir.), *La réserve héréditaire*, *op. cit.* nbp n° 629, n^{os} 118-130 ; M. PICHARD, « La réserve et l'enfant », *D.* 2019. 2002.

632 Voir par exemple : O. ROY, « Réserve héréditaire et solidarité familiale », *in* H. FULCHIRON (dir.), *Les solidarités entre générations*, Bruylant, 2013, p. 641 ; C. BLANCHARD, « Solidarités familiales imposées ou volontaires ? », *Dr. famille* 2016, dossier 18 ; C. PÉRÈS et P. POTENTIER (dir.), *La réserve héréditaire*, *op. cit.* nbp n° 629, n^{os} 131-134. Voir déjà : L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 3, *op. cit.* nbp n° 623, n° 1657.

633 Voir par exemple : R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 2^{e} édition, tome 4, avec la collaboration de P. Voirin, Rousseau et cie, 1934, n° 4 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 4. 2. Successions - Libéralités*, 5^{e} édition par L. Leveneur et S. Leveneur, Montchrestien, 1999, n° 862 ; C. PÉRÈS et P. POTENTIER (dir.), *La réserve héréditaire*, *op. cit.* nbp n° 629, n^{os} 137-142.

634 C. PÉRÈS et P. POTENTIER (dir.), *La réserve héréditaire*, *op. cit.* nbp n° 629, n° 143.

635 Voir *supra*, n° 177.

636 Article 1341-2 du code civil : « *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*. »

293. Cette règle constitue un solide argument contre la conception bienfaisante de la gratuité. En effet, pour l'application de cette règle, le débiteur s'appauvrit nécessairement : il s'agit même de la finalité de son acte. Mais il n'est pas désintéressé, et encore moins bienfaisant. Il n'agit pas dans l'intention de procurer un avantage à autrui afin de le préférer à lui-même. Il agit dans l'intention intéressée de frauder les droits de ses créanciers. Il en ressort que l'acte à titre gratuit pourrait être un acte d'appauvrissement accompli dans le but de frauder les droits de ses créanciers. L'acte gratuit pourrait être intéressé.

294. Cette difficulté peut être contournée par une redéfinition du champ d'application de cette règle. Nous proposons de considérer que cette règle s'applique à l'ensemble des contrats à titre onéreux déséquilibrés. En d'autres termes, le créancier qui exerce l'action paulienne doit être dispensé de prouver la fraude du tiers non lorsque l'acte argué de fraude est un acte à titre gratuit, mais lorsqu'il est un contrat à titre onéreux déséquilibré. Le contrat susceptible d'être déclaré inopposable aux créanciers sans que soit établie la fraude du tiers est celui au sein duquel est caractérisé une absence de contrepartie ou un déséquilibre entre les prestations des parties et motivé par l'intention frauduleuse du débiteur. Il s'agit d'un contrat à titre onéreux, la fraude aux intérêts de ses créanciers caractérisant la poursuite par le créancier d'un intérêt personnel extérieur à l'acte. Il correspond à la finalité de cette règle dans le régime de l'action paulienne, qui est de protéger le créancier du débiteur s'étant frauduleusement rendu insolvable, au détriment du tiers contractant qui, lorsqu'il a reçu un avantage sans fournir de contrepartie équivalente, ne mérite pas la protection du droit.

295. Dès lors, il serait plus simple et plus exact de retenir que le créancier est dispensé d'établir la complicité du cocontractant lorsque le contrat est onéreux et comporte un engagement dépourvu de contrepartie ou pourvu d'une contrepartie insuffisante. Cela impliquerait une modification du raisonnement des juridictions mais celle-ci serait marginale. Il s'agirait pour les juridictions de prendre en compte la poursuite d'un intérêt extérieur non au stade de la qualification du contrat, lequel relèverait du titre onéreux, mais à celui de la détermination de l'existence d'une intention frauduleuse. La référence à l'acte à titre gratuit en matière d'action paulienne n'est donc pas pertinente.

296. Conclusion du chapitre second. La conception abstraite de la gratuité retenue par la doctrine majoritaire contemporaine et consacrée par l'ordonnance de réforme du 10 février 2016 implique l'indifférence des motifs bienfaisants ou intéressés du concédant et, par voie de conséquence, de la signification de l'acte pour le bénéficiaire. Or, il résulte aussi bien du droit

positif que du discours doctrinal relatif aux justifications du régime de la gratuité que les motifs du concédant sont, au contraire, triplement déterminants.

297. Ils sont déterminants, de première part, pour la qualification d'un acte de contrat à titre gratuit. Il ressort de la jurisprudence que la Cour de cassation exclut que la gratuité s'évince du seul déséquilibre entre les prestations réciproques. Elle exige la preuve d'une intention de préférer autrui à soi-même, d'un véritable désintéressement. Et le constat d'une relation d'affection entre les parties ou l'affectation de l'avantage procuré à la réalisation d'une œuvre philanthropique sont propres à établir une telle intention.

298. De deuxième part, la validité du contrat repose sur la déterminabilité des motifs bienfaisants ou intéressés de ses parties. Il ressort de la jurisprudence relative au contrôle de l'existence de la cause que, confrontés à un engagement dépourvu de contrepartie équivalente, les juges recherchent des éléments objectifs extérieurs à l'acte permettant de présumer les motifs de celui qui s'engage. le contrôle de l'existence de la cause est un contrôle de l'intelligibilité de l'engagement : seul l'engagement intelligible peut se voir conférer la force obligatoire des contrats. Cette intelligibilité résulte de l'existence d'éléments objectifs permettant de supposer que le concédant est animé, soit par la recherche de son propre intérêt, soit par une intention bienfaisante. Le cas échéant, ces éléments doivent être recherchés à l'extérieur de l'acte. Malgré l'imperfection des textes issus de l'ordonnance de réforme du 10 février 2016, le contrôle de l'intelligibilité de l'acte, et donc de l'existence d'éléments objectifs permettant de présumer l'existence de motifs, doit se poursuivre, la force obligatoire du contrat ne pouvant être conférée à un engagement non intelligible.

299. Les motifs sont encore incontournables dans la justification doctrinale des règles applicables aux contrats à titre gratuit. L'immense majorité des règles du régime de la gratuité est pensée en considération de l'intention bienfaisante animant le concédant, ou à tout le moins du désintéressement de ce dernier. Seul l'acte de bienfaisance doit s'y trouver soumis. En d'autres termes, l'acte de « gratuité » intéressée doit être soumis au régime du contrat à titre onéreux. Seule l'une de ces règles, issue du régime de l'action paulienne, fait figure d'exception. La référence au contrat à titre gratuit peut et doit être écartée, au profit d'une application aux contrats à titre onéreux comportant un engagement dépourvu de contrepartie suffisante. À cet égard, l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck, qui exclut du domaine d'application du régime de la gratuité au prêt à usage intéressé, doit être approuvé. Il est regrettable que cet avant-projet n'ait pas procédé

de même au sujet des autres contrats, prêt de consommation, dépôt, mandat, et qu'il n'ait pas limité le champ d'application du régime de la gratuité aux contrats désintéressés.

300. Conclusion du titre premier. La conception abstraite de la gratuité est aujourd'hui incontestablement majoritaire. Cette hégémonie est telle que le remplacement dans le code civil de l'article 1105, qui marquait une proximité avec la conception bienfaisante, par l'article 1107, qui consacre la conception abstraite, n'a provoqué aucun débat. Il se prolonge aujourd'hui dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck qui, en consacrant le prêt à usage intéressé, malgré le caractère essentiellement gratuit de ce contrat, admet la « gratuité » intéressée.

301. Pourtant, la conception abstraite est demeurée minoritaire longtemps après 1804. Le basculement ne semble s'être opéré que dans les années 1950, brutalement et sans réel débat. Il repose sur des présupposés idéologiques rarement énoncés et encore moins discutés. Les actes bienfaisants seraient très rares : c'est considérer implicitement que l'être humain n'est motivé, dans l'immense majorité des situations, que par son propre intérêt. Les auteurs ajoutent que l'on ne peut jamais être sûrs de la nature des motifs, tout en retenant que l'on peut être certain que celui qui reçoit une contrepartie s'engage dans son propre intérêt. Ils considèrent que le motif intéressé est discernable avec certitude et intelligible alors que le motif bienfaisant ne le serait pas. Ce faisant, ils s'appuient sur l'idée que le seul acte intelligible est celui qui résulte d'un calcul rationnel de ses intérêts. Nous soutenons toutefois que les actes bienfaisants existent, qu'ils sont fréquents, qu'ils sont rendus intelligibles par des émotions ressenties par leur auteur et que ces émotions sont habituellement ressenties et partagées par les êtres humains dans des situations identifiables. La bienfaisance n'est pas moins intelligible que l'intérêt. Leur identification peut reposer sur des critères objectifs.

302. Remise dans le débat, la conception bienfaisante de la gratuité constitue une représentation plus exacte du droit positif. Confrontées à un acte déséquilibré, c'est-à-dire un acte dans lequel le concédant ne reçoit rien du bénéficiaire ou reçoit une contrepartie inférieure à l'avantage qu'il lui procure, la jurisprudence et la doctrine recherchent les motifs bienfaisants ou intéressés pour déterminer sa qualification, sa validité et le régime qui lui est applicable. Seuls les motifs permettent de déterminer si un acte apparemment déséquilibré peut être qualifié de gratuit ou d'onéreux. Eux seuls rendent l'engagement du concédant intelligible. Et ils sont déterminants de l'analyse du régime : l'application du régime de la gratuité à un acte intéressé serait injustifiée, de même que l'application du régime du contrat à titre onéreux à un acte de bienfaisance.

303. L'adoption de la conception bienfaisante de la gratuité nous paraît possible si l'on retient une interprétation libre des textes issus de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats[637]. L'article 1107 du code civil définit le contrat à titre onéreux comme celui dans lequel « *chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure* » et le contrat à titre gratuit comme celui dans lequel « *l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie* ». La conception bienfaisante de la gratuité suppose que la contrepartie attendue par le concédant d'un contrat à titre onéreux s'étende, au-delà de la seule contrepartie prévue à l'acte reçue de l'autre partie, tout avantage, actuel, futur ou éventuel, attendu de l'autre partie ou d'un tiers. Il faudrait également juger que le contrat à titre gratuit ne peut être caractérisé qu'en présence d'une intention bienfaisante.

304. La nécessité de la caractérisation du désintéressement et de l'intention bienfaisante étant établie, il y a lieu de rechercher les éléments objectifs permettant à l'observateur extérieur, et tout particulièrement au juge, d'établir l'un et l'autre.

637 Voir aussi *supra*, n^{os} 222-225.

TITRE SECOND
ÉLÉMENTS CARACTÉRISTIQUES DE LA GRATUITÉ BIENFAISANTE

305. La défense de la conception bienfaisante de la gratuité nous conduit à préciser les éléments objectifs qui permettent de la caractériser. L'adoption de la conception bienfaisante de la gratuité nous paraît s'imposer en opportunité : symboliquement, elle affirme l'existence d'actes bienfaisants, et en pratique, elle écarte l'application du régime de la gratuité, et notamment de la faveur du droit, des actes de « gratuité » intéressée. Mais l'on ne peut être convaincu de la pertinence de la conception bienfaisante qu'à la condition que l'acte bienfaisant soit effectivement distinguable de l'acte intéressé. Il convient donc de préciser les éléments permettant de procéder à cette distinction.

306. Les éléments objectifs de la bienfaisante se retrouvent à la fois dans l'élément matériel et dans l'élément moral caractéristiques de la gratuité. La qualification de contrat à titre gratuit résulte de la constatation d'un élément matériel et d'un élément moral ou intentionnel[638]. La bienfaisance se retrouve dans chacun de ces éléments.

307. Dans la conception abstraite de la gratuité retenue par la doctrine majoritaire, l'élément matériel doit être recherché dans les seuls éléments intrinsèques du contrat. Il résulte de la comparaison des engagements respectifs des parties, et plus précisément des sacrifices consentis par les parties. La conception bienfaisante de la gratuité est plus exigeante. Le contrat ne peut être qualifié à titre gratuit s'il apparaît que le concédant attend un avantage, que celui-ci soit interne ou externe à l'acte. L'élément matériel réside ainsi dans la fourniture par le concédant d'un avantage sans qu'il n'en reçoive ou attende d'autre, interne ou externe à l'acte.

308. Selon la conception abstraite de la gratuité, l'élément intentionnel est la simple intention de procurer un avantage à autrui. La conception bienfaisante exige la caractérisation d'une véritable intention bienfaisante, l'intention de préférer autrui à soi-même.

638 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 17e édition, Sirey, 2022, nº 85.

309. Plan. La qualification de contrat à titre gratuit requiert de caractériser un avantage volontairement consenti (chapitre premier), et l'existence de situations permettant de présumer l'intention bienfaisante du concédant (chapitre second).

Chapitre premier - L'avantage volontairement consenti
Chapitre second - L'intention bienfaisante

CHAPITRE PREMIER
L'AVANTAGE VOLONTAIREMENT CONSENTI

310. Nous défendons une conception bienfaisante de la gratuité. Nos principaux arguments sont, en substance, que la gratuité bienfaisante et la « gratuité » intéressée constituent deux actes fondamentalement distincts. Les assimiler dans une unique catégorie nous paraît symboliquement critiquable : cela constitue une assimilation de la bienfaisance à l'intérêt, et une dissimulation de la première sous le second. De plus, l'intégration dans une seule catégorie incite à les soumettre à un régime unique. Or, leur différence fondamentale justifie l'application de deux régimes distincts. En particulier, le régime de la gratuité contient plusieurs règles de faveur pour le concédant et défavorables pour le bénéficiaire. Le concédant d'un acte de « gratuité » intéressée ne doit, à notre sens, pas en bénéficier.

311. Il nous semble que la conception bienfaisante de la gratuité a été écartée notamment parce qu'il apparaissait à la doctrine impossible de distinguer l'acte bienfaisant de l'acte intéressé. Cette distinction suppose en effet une recherche des motifs du concédant, et plus généralement de la portée de l'acte pour le concédant et le bénéficiaire. Ces motifs nous semblent susceptibles d'être appréhendés par des éléments objectifs. Une défense de cette conception bienfaisante doit donc s'accompagner de la précision des éléments objectifs permettant de présumer la nature des motifs du concédant. Préciser ces éléments permet également de passer en revue diverses situations caractéristiques afin de vérifier si cette distinction est effectivement opérante et si les critères que nous suggérons permettent d'y procéder. Incidemment, cette démarche nous permettra de rechercher si la conception bienfaisante permet de rendre compte de certaines opérations et de les classifier mieux que la conception abstraite.

312. L'adoption de la conception bienfaisante de la gratuité a pour conséquence une délimitation relativement étroite de l'élément matériel. Selon la conception abstraite de la gratuité, l'élément matériel résulterait d'un déséquilibre entre les prestations réciproques[639]. Plus précisément, l'élément matériel serait constitué par l'existence d'un déséquilibre subjectif et

639 H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 2. 1. Obligations : théorie générale*, 9e édition, par F. Chabas, Montchrestien, 1998, nº 103 ; C. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations : le contrat,* 10e édition, Economica, 2021, nº 145 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 17e édition, Sirey, 2022, nº 115 ; P. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations,* 16e édition, LexisNexis, 2021, nº 81 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. 2. Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, nº 930.

objectif des sacrifices consentis par les parties[640]. Ces définitions reposent sur la recherche et la comparaison des prestations ou des sacrifices réciproques des parties. Elles ne prennent en considération que des éléments internes au contrat. Elles permettent d'exclure la gratuité des contrats dans lesquels chacune des parties reçoit une contrepartie équivalente à la prestation qu'elle fournit. Toutefois, elles ne suffisent pas pour qualifier d'onéreux l'ensemble des contrats de « gratuité » intéressée. Dans ces contrats, le concédant attend un avantage extérieur à l'acte, résidant dans un autre contrat.

313. Certes, les termes de « contreprestation » et « sacrifice réciproque » peuvent être entendus largement comme toute prestation passée, actuelle ou future, certaine ou hypothétique. Ils pourraient appréhender les hypothèses dans lesquelles le concédant attend un avantage d'un autre contrat conclu avec le bénéficiaire. Mais, en toute hypothèse, les catégories désignées par les termes de contre-prestation et de sacrifice réciproque ne peuvent inclure l'avantage attendu par le concédant de ses relations avec un tiers. Les définitions retenues par la doctrine majoritaire peuvent être conservées, mais doivent être complétées.

314. La conception bienfaisante a pour finalité d'exclure du champ de la gratuité la « gratuité » intéressée. Il s'agit donc de vérifier que l'adoption de cette conception et de ses critères est nécessaire et suffisante pour écarter la « gratuité » intéressée du champ de la gratuité. Par exemple, l'application de ces critères doit exclure tant le « prêt » de la vitrine réfrigérée par le distributeur de fromage au supermarché que le contrat de réseautage social par lequel le service est financé par l'exploitation des données personnelles de l'utilisateur ou la publicité.

315. À cet égard, on notera également que les développements qui suivent pourraient être utiles à l'identification du contrat intéressé tel qu'il est proposé par l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck. Cet avant-projet préconise, en effet, l'intégration dans le code civil de la distinction entre prêt à usage intéressé et prêt à usage

640 J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, *op. cit.* nbp n° 648, n^os^ 144 et 155-160 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1985, n^os^ 75 et 76. Voir *supra*, n° 82.
Or, dans cette conception, aucun élément intentionnel ne concourt à la définition de la gratuité : J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, *op. cit.* nbp n° 648, n^os^ 156-157. Cette définition constitue donc celle de l'élément matériel.

désintéressé[641]. La « gratuité » intéressée que nous cherchons à identifier pour exclure du champ de la gratuité est celle du prêt à usage intéressé au sens de cet avant-projet.

316. De plus, les critères de délimitation doivent également inclure dans le champ de la gratuité des hypothèses de gratuité bienfaisante qui paraissent comme des cas limites. Ainsi, dès lors que l’on retient que le don à une personne morale menant une œuvre philanthropique constitue un acte de bienfaisance, il convient de retenir que l’affectation à l’œuvre de l’avantage, à laquelle peut s’engager la personne morale, ne constitue pas un avantage reçu par le concédant excluant la gratuité.

317. Enfin, la pertinence des critères peut également être appréciée au regard de l’analyse qu’ils permettent d’adopter sur certaines questions classiques que constituent la donation rémunératoire, la donation ou les services gratuits avec charge.

318. Plan. L’avantage volontairement consenti caractéristique du contrat à titre gratuit résulte d’un avantage procuré par le concédant au bénéficiaire (section I) sans attendre d’avantage équivalent (section II).

Section I
L’existence d’un avantage procuré au bénéficiaire
Section II
L’absence d’avantage équivalent attendu par le concédant

SECTION I
L’EXISTENCE D’UN AVANTAGE PROCURÉ AU BÉNÉFICIAIRE

319. L'avantage caractéristique du contrat à titre gratuit est constitué par tout effet de droit revêtant une utilité pour le bénéficiaire. L’avantage peut revêtir toute forme. Il peut notamment adopter celle d'une obligation souscrite par le concédant, à payer une somme d’argent, à accomplir une prestation matérielle ou juridique. L'avantage procuré peut également ressortir d'autres effets juridiques tels que, notamment, le transfert de la propriété ou de la jouissance d'un bien.

641 Article 1876 de l’avant-projet : « *Ce prêt peut être intéressé ou désintéressé. Le prêt est intéressé lorsque le prêteur agit, au su de l’emprunteur, en vue de l’obtention d’un avantage économique. Le prêt fait par le prêteur dans le cadre de son activité professionnelle est présumé intéressé*. »

320. Il est un lieu commun d'affirmer que l'exécution d'une obligation préexistante ne constitue pas un avantage procuré au bénéficiaire. La prestation constituant l'exécution d'une obligation libère son auteur. Elle ne constitue pas un avantage procuré à celui qui la reçoit[642]. Cette affirmation ne nous paraît pas susciter de difficulté particulière quant à l'affirmation de la défense de la gratuité bienfaisante. Gratuité bienfaisante, comme gratuité abstraite, excluent de leur champ la prestation constituant dans l'exécution d'une obligation préexistante. Néanmoins, nous souhaitons nous y attarder pour relever que cette règle peut constituer une piste d'analyse de deux ensembles d'arrêts excluant la qualification de donation d'actes que pourraient apparaître, au premier abord, comme des donations : le premier, classique, relatif à la « donation » rémunératoire, et le second, moins évident, relatif aux donations accomplies afin de compenser un déséquilibre.

321. Plan. L'exclusion de la catégorie des donations de la « donation » rémunératoire (§1.) et des actes tendant à compenser un déséquilibre (§2.).

§1. La donation rémunératoire
§2. La compensation d'un déséquilibre

§1. LA DONATION RÉMUNÉRATOIRE

322. La Cour de cassation considère de longue date que ce qu'elle désigne sous le terme de « donation rémunératoire » ne constitue pas une donation. Dans un ensemble d'arrêts, la Cour de cassation a jugé que lorsqu'un acte par lequel une personne transfère un bien à une autre sans contrepartie est accomplie dans l'intention de rémunérer des services antérieurs rendus par le bénéficiaire au concédant, cet acte, qualifié de « donation » rémunératoire, ne constitue en principe pas une donation. La « donation » rémunératoire est « *celle qui est consentie en récompense de services rendus* » appréciables en argent[643]. En principe, elle ne constitue pas un contrat à titre gratuit. Par exception, lorsque la valeur du bien donné excède celle des services rendus, elle constitue une donation pour le surplus[644].

642 Voir par exemple : M. GRIMALDI, *Droit civil : libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1013.

643 M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 642, n° 1015. Le code civil mentionne les libéralités rémunératoires dans quelques articles. Il écarte l'application des interdictions spéciales de recevoir aux libéralités rémunératoires (article 909), mais les soumet à la révocation pour survenance d'enfants, si cette faculté est stipulée (article 960) et à la révocabilité de la donation de biens à venir par contrat de mariage (article 1083).

644 Voir par exemple : Civ. 1re, 24 septembre 2003, n° 00-22.013, inédit ; Com., 4 mars 2020, n° 18-11.120, *Bull. civ.* IV, p. 179. Voir également, en matière de legs : Civ. 1re, 8 juillet 2010, n° 09-67.135, *Bull. civ.* I, n° 169 ; *JCP N* 2010, p. 1341, obs. A. SÉRIAUX ; *RDC* 2011, p. 99, obs. I. DAURIAC ; *Defrénois* 2011, p. 706, obs. B. VAREILLE ; *AJ fam.* 2010, p. 398, obs. C. VERNIÈRES ; *JCP N* 2011, p. 1155, obs. R. LE GUIDEC ; *Gaz. Pal.* 11 novembre 2010, p. 25, obs. J. CASEY.

323. Selon la jurisprudence et la doctrine, la qualification onéreuse de telles donations réside dans l'absence d'élément moral, l'absence d'intention libérale. La Cour de cassation déduit du caractère rémunératoire de l'acte l'absence d'intention libérale et retient que cette absence d'intention libérale fait obstacle à la qualification de donation[645]. L'onérosité du contrat reposerait sur l'intention du concédant, lequel est mû par un devoir « *de rétablir entre son patrimoine et celui du bénéficiaire un équilibre qu'il estime avoir été injustement rompu*[646] ».

324. L'exclusion de la qualification de « donation » rémunératoire peut être fondée sur le fait que cette « donation » constitue l'exécution d'une obligation préexistante. Nous verrons dans la seconde partie que la fourniture d'un service indu donne naissance, en principe, à une obligation d'indemnisation[647]. Nous reviendrons ultérieurement sur les décisions par lesquelles la Cour de cassation a admis que les services rendus par un enfant à son parent et par une personne à son concubin peuvent, sous condition d'être substantiels, être indemnisés sur le fondement de l'enrichissement injustifié. La Cour de cassation a ainsi reconnu l'existence d'une obligation civile d'indemniser. L'exécution de cette obligation, qui peut être qualifiée de rémunératoire, ne constitue pas une donation. La reconnaissance de cette obligation constitue une justification de la jurisprudence par laquelle la Cour de cassation écarte les actes rémunératoires de la qualification[648]. En d'autres termes, ce n'est pas l'absence d'intention de

645 Voir par exemple : Com., 19 décembre 2006, n° 05-17.086, *Bull. civ.* I, n° 260 ; Civ. 1re, 5 décembre 2012, n° 11-24659, inédit ; Civ. 1re, 16 décembre 2020, n° 19-13.701, *Bull. civ.*, p. 133 ; *RJPF* février 2021, p. 50, note G. DROUOT.

646 J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, Armand Colin, 1982, n° 47. Mais lorsque le disposant agit pour respecter l'injonction de sa conscience « *précisément de s'appauvrir sans équivalent au profit du bénéficiaire* », l'acte peut être qualifié de gratuit. Les auteurs distinguent ainsi l'exécution d'un « *devoir de justice* » et celle d'un « *devoir moral* » constituant une obligation naturelle.

647 Voir *infra*, Seconde partie, Titre second, Chapitre deuxième.

648 Voir ainsi, fondant la qualification onéreuse de la « donation » rémunératoire sur l'enrichissement sans cause, désormais enrichissement injustifié : J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955, nos 360-377 ; C. GOLDIE-GENICON, « Les libéralités rémunératoires », *in Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Lextenso, 2012, p. 347 s., nos 17-21 ; J. HOUSSIER, *Les dettes familiales*, préf. A.-M. Leroyer, IRJS éditions, 2017, nos 146 et 351-355. Voir déjà : P. TIMBAL, *Des donations rémunératoires en droit romain et en droit français*, Société méridionale d'impression, 1924, p. 121-138. L'obligation naturelle est celle « *dont l'exécution (forcée) ne peut être exigée en justice mais dont l'exécution (volontaire) ne donne pas lieu à répétition, en tant qu'elle est l'accomplissement d'un devoir moral* » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11e édition, PUF, 2016, V° Naturel). La doctrine s'est interrogée sur la question de savoir si l'exécution d'une obligation naturelle constituait une donation. En particulier, certains auteurs ont émis l'hypothèse que la donation rémunératoire est qualifiée de contrat à titre onéreux parce qu'elle constitue l'exécution d'une obligation naturelle (sur ces points, voir par exemple : J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, précité, nos 318-331 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, 9e édition, Sirey, 2015, nos 75-80). La doctrine majoritaire rejette désormais les liens entre qualification onéreuse de la « donation » rémunératoire et l'obligation naturelle : J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, *op. cit.* nbp n° 648, nos 320, 327-329, 331 ; M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Sirey, 1957, p. 98-103 ; C. GOLDIE-GENICON, « Les libéralités rémunératoires », précité, nos 12-14.

préférer autrui à soi-même qui est déterminante dans ces hypothèses, mais l'absence d'avantage procuré au bénéficiaire. La prestation objet de la « donation » rémunératoire ne constitue que l'exécution de cette obligation d'indemnisation. Elle ne caractérise pas un avantage fourni au bénéficiaire[649]. La compensation d'un déséquilibre ne constitue pas davantage un avantage caractéristique de la gratuité.

§2. LA COMPENSATION D'UN DÉSÉQUILIBRE

325. Dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation a retenu que lorsqu'une personne procure un avantage à une autre dans le but de rétablir un équilibre rompu par des actes antérieurs, elle n'est pas animée par une intention libérale[650]. La Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel d'avoir retenu que la personne ayant reçu une donation de ses parents et, en contemplation de cet avantage, réalisé un acte de disposition en faveur de son frère, n'était pas animée par une intention libérale mais par « *la volonté* […] *de rétablir l'égalité entre frères rompue par la donation* » des parents[651]. La Cour de cassation a également approuvé une cour d'appel d'avoir écarté l'intention libérale d'une mère ayant consenti un avantage à une de ses filles dans le seul but de « *rétablir l'équilibre entre leurs obligations réciproques* », rompu en raison de l'absence de contribution de la mère aux dépenses communes résultant de leur cohabitation[652]. Selon la Cour de cassation, le rejet de la qualification de donation résultait de l'absence d'intention libérale.

326. Il ressort de ces arrêts que les prestations objet de ces actes constituaient l'exécution d'une obligation à la charge du concédant[653]. Dans ces affaires, le concédant était débiteur, actuellement ou potentiellement, d'une obligation à l'égard du bénéficiaire. Dans la première, la donation ayant créé un déséquilibre, consentie par des parents à un de leurs enfants, était susceptible de donner naissance à une créance de rapport. L'avantage dont la qualification de donation était alléguée ne constituait que l'exécution anticipée de cette obligation. La concédante de la seconde était tenue d'indemniser sa fille des dépenses que cette

649 Voir aussi, énonçant qu'une donation peut constituer le paiement d'une créance de salaire différée « *à la condition que soit caractérisée la commune intention des parties de procéder à un tel paiement* » : Civ. 1re, 11 février 2015, nº 13-27.923, *Bull. civ.* I, nº 34. Sur la créance de salaire différée, voir *infra*, nº 804.

650 Voir aussi *supra*, nº 165.

651 Civ. 1re, 3 février 1969, nº 67-12.667, *Bull. civ.* I, nº 54, cité *supra* nbp nº 407.

652 Civ. 1re, 17 mai 2017, nº 16-17.318, inédit, cité *supra* nbp nº 404.

653 Voir *contra*, retenant que la Cour de cassation instrumentalise la qualification de donation dans le but de rétablir une égalité rompue au sein du partage successoral ou matrimonial : A.-L. RANDEGGER, *La donation indirecte : Recherches sur l'instrumentalisation de sa qualification*, th. Paris II, 2022, nos 209-226.

dernière avait réalisées à son profit. D'une manière générale, lorsqu'un événement ou une prestation constitue un transfert de richesse ou un déséquilibre entre deux patrimoines, il donne naissance, selon nous, à une créance. Le paiement de cette créance ne constitue pas un avantage caractéristique du contrat à titre gratuit. L'élément matériel du contrat à titre gratuit requiert donc la caractérisation d'un avantage fourni par le concédant, lequel peut prendre des formes diverses, mais exclut le paiement d'une obligation préexistante. L'établissement de l'élément matériel requiert, en plus, la preuve de l'absence d'avantage équivalent attendu par le concédant.

SECTION II
L'ABSENCE D'AVANTAGE ÉQUIVALENT ATTENDU PAR LE CONCÉDANT

327. Quelle que soit la conception de la gratuité retenue, la gratuité est exclue par l'existence d'une contrepartie équivalente à l'avantage fourni par le concédant. La gratuité suppose la caractérisation d'un élément matériel résidant dans l'avantage volontairement consenti par le concédant au bénéficiaire. L'existence de l'avantage volontairement consenti résulte d'un avantage effectivement procuré au bénéficiaire par le concédant et de l'absence d'avantage équivalent retiré par le concédant. Dès lors, pour mieux cerner la gratuité, il convient d'identifier l'avantage équivalent susceptible de l'exclure. Cet avantage peut prendre la forme d'une contrepartie. La contrepartie est la prestation ou, plus généralement, le sacrifice consenti par le bénéficiaire en échange de l'avantage reçu[654]. Elle peut consister dans une obligation à la charge du bénéficiaire ou d'un effet de droit autre que la naissance d'une obligation, tel que le transfert de la propriété ou de la jouissance d'un bien[655]. La conception abstraite et la conception bienfaisante de la gratuité se rejoignent sur ce point de sorte qu'*a priori*, nous aurions pu nous dispenser de le développer.

328. Néanmoins, le prisme de la conception bienfaisante de la gratuité nous paraît permettre de préciser certaines solutions. Nous nous intéresserons par exemple à la figure du don croisé.

654 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* nbp n° 648, V° Contre-prestation : « *Contrepartie fournie par celui qui reçoit une prestation dans le contrat synallagmatique ; prestation réciproque (et regardée comme équivalente) mise à la charge d'un contractant* ».

655 Voir *supra*, n° 319.

Selon cette figure particulière de don d'organes, lorsqu'un premier couple de donneur et de receveur ne peut procéder à un don en raison d'une incompatibilité biologique, donneur et du receveur rendent le don impossible en raison d'une incompatibilité, ils sont appariés à un second couple afin que le donneur du premier couple donne au receveur du second et que le donneur du second couple donne au receveur du premier. Une partie de la doctrine considère qu'il s'agit d'un « *troc* » excluant la gratuité. Selon nous, dès lors que le don bénéficie non au donneur lui-même, mais à un de ses proches, il est compatible avec la conception bienfaisante de la gratuité. De plus, l'adoption du point de vue du contrat à titre gratuit, qui inclut les donations et les contrats de services gratuits, nous permet de préconiser l'extension de solutions évidentes en matière de donation aux contrats de services gratuits. Ainsi, la jurisprudence relative à la distinction entre prêt à usage et bail en présence de l'engagement du prêteur à réaliser des travaux ou à s'acquitter de certaines charges nous paraît fluctuante. Le critère de délimitation de la gratuité des donations avec charges nous semble à même de la préciser.

329. L'adoption de la conception bienfaisante de la gratuité exige surtout de préciser l'intérêt poursuivi, autre que la contrepartie, propre à exclure la gratuité. En effet, selon notre conception de la gratuité, que nous avons désigné sous le terme de bienfaisante, seul le contrat désintéressé est susceptible d'être qualifié de contrat à titre gratuit. Nous considérons que la gratuité doit s'entendre de la bienfaisance et exclure toute « gratuité » intéressée, toute poursuite d'un intérêt par le concédant. Il est donc nécessaire de délimiter le contrat intéressé du contrat désintéressé.

330. Plan. L'existence d'une contrepartie équivalente à l'avantage fourni par chacune des parties exclut l'élément matériel caractéristique de la gratuité (§1.). Il faut aller plus loin : l'existence d'un avantage attendu par le concédant extérieur à l'acte est également incompatible avec cet élément matériel (§2.).

§1. L'absence de contrepartie équivalente
§2. L'absence d'avantage extérieur à l'acte

§1. L'ABSENCE DE CONTREPARTIE ÉQUIVALENTE

331. Plan. L'absence de contrepartie équivalente peut résulter soit d'une absence totale de contrepartie fournie par le bénéficiaire (A.), soit de l'existence d'une contrepartie d'une valeur objectivement et subjectivement inférieure à l'avantage fournie par le concédant (B.).

A. L'absence de contrepartie au bénéfice du concédant
B. L'existence d'une contrepartie constituant un sacrifice inférieur à celui résultant de l'avantage consenti par le concédant

A. L'ABSENCE DE CONTREPARTIE AU BÉNÉFICE DU CONCÉDANT

332. Plan. Le prisme de la bienfaisance nous donne l'occasion de revisiter une question classique : celle de la donation assortie d'une charge stipulée dans l'intérêt du bénéficiaire. Nous rappellerons, avec la doctrine majoritaire, que la charge consistant dans l'affectation de l'avantage à l'œuvre philanthropique menée par le bénéficiaire ne constitue pas une contrepartie au bénéfice du concédant (1.). Nous revisiterons également quelques questions du droit de la bioéthique (2.).

1. L'affectation de l'avantage procuré à l'œuvre philanthropique
2. L'éclairage de la contrepartie sur quelques questions du droit de la bioéthique

1. L'affectation de l'avantage procuré à l'œuvre philanthropique

333. À première vue, l'engagement du bénéficiaire d'affecter l'avantage reçu à la réalisation d'une œuvre philanthropique pourrait être perçu comme une obligation souscrite en contrepartie de l'avantage procuré qui exclurait la gratuité. L'affectation est l'acte par lequel un bien est assigné à un usage précis[656]. Le droit personnel résultant de l'engagement de procurer un service ou, plus fréquemment, le bien donné est assigné à la réalisation d'une œuvre philanthropique. Par exemple, lorsqu'une somme d'argent est donnée à une association menant une œuvre caritative, elle est affectée à la réalisation de cette œuvre caritative. En matière de libéralités, l'affectation prend la forme d'une charge[657]. La donation avec charge est celle qui contient une obligation imposée au bénéficiaire de la libéralité[658]. La charge consistant dans l'affectation d'un bien à l'œuvre philanthropique constitue une obligation, pour le donataire, d'utiliser le bien donné pour la réalisation de l'œuvre philanthropique. Cette utilisation peut prendre la forme d'une distribution immédiate du ou des biens donnés aux bénéficiaires de l'œuvre, d'une exploitation du bien au profit de l'œuvre, ou

656 *TLFi*, V° Affectation, 3 : « *Décision par laquelle une autorité destine ou assigne quelque chose ou quelqu'un à un usage ou à un emploi précis ; fait d'être affecté à un usage ou à un emploi précis*. »

657 S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, LGDJ, 1976, n° 121.

658 Voir par exemple : M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 642, n° 1200 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : les successions, les libéralités*, 4e édition, Dalloz, 2013, n° 348 ; M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, th. Toulouse, 1945, n° 36 ; S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, *op. cit.* nbp n° 657, n° 125. Sur la donation avec charge, voir aussi *supra*, n° 333.

d'une cession du bien donné pour obtenir en contrepartie un bien distribuable ou exploitable. En d'autres termes, le donataire peut accomplir l'ensemble des actes du propriétaire, mais la réalisation de ces actes doit avoir pour finalité l'accomplissement ou la contribution à l'œuvre philanthropique. Le donataire est donc tenu d'une obligation d'exploiter ou de dépenser la chose, d'une part, et d'une obligation d'en respecter la finalité, d'autre part. En cas d'inaction du donataire ou de violation de l'affectation, le donateur peut demander l'exécution forcée de l'obligation, la révocation de la donation pour inexécution et des dommages-intérêts sanctionnant l'inexécution[659]. Il en ressortirait que la condition d'absence de contrepartie serait incompatible avec la qualification des actes de bienfaisance philanthropique avec la gratuité.

334. La charge stipulée dans l'intérêt du bénéficiaire n'écarte pas la gratuité, de sorte que l'affectation ne constitue pas une contrepartie susceptible d'écarter la gratuité de l'accord. La stipulation d'une charge au profit du bénéficiaire ne fait pas obstacle à la gratuité de l'acte. En effet, la donation avec charge au profit du bénéficiaire constitue « *une aide, un soutien aux entreprises personnelles du gratifié*[660] », elle « *augmente sa puissance d'action*[661] ». De même, l'affectation est compatible avec la gratuité[662]. Le concédant qui transmet un bien au bénéficiaire sous la seule condition que ce dernier l'affecte à la réalisation d'une œuvre philanthropique, sans recevoir de contrepartie, n'est pas motivé par l'obtention d'un avantage pour lui-même mais par la réalisation de l'œuvre philanthropique.

2. L'éclairage de la contrepartie sur quelques questions du droit de la bioéthique

335. Le droit de la bioéthique érige la gratuité en principe mais n'écarte pas tout avantage reçu par le donneur ou celui qui se prête à une recherche biomédicale. Si le code civil et le code de la santé publique affirment solennellement la gratuité du don d'éléments et

---

659 S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, *op. cit.* nbp n° 657, n° 288. En d'autres termes l'auteur énonce que les droits du récipiendaire souffrent d'une « *restriction indirecte* » dont la méconnaissance est sanctionnée *a posteriori*.

660 M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 642, n° 1200.

661 M. PLANIOL, *S.* 1893. 2. 13, cité par M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, *op. cit.* nbp n° 658, n° 103.

662 M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 642, n° 1006 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, *Leçons de droit civil. Tome 4. 2. Successions - Libéralités*, 5e édition, Montchrestien, 1999, nos 1325 et 1385 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 658, n° 439 ; H. SOULEAU, *L'acte de fondation en droit français*, th. Paris, 1969, nos 68 et s. ; P. ESMEIN, *Droit civil approfondi : L'acte juridique à titre gratuit*, Cours de droit, 1933, p. 102. Voir cependant, plus nuancé : J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 646, nos 148-150. Voir encore, retenant que l'affectation des biens implique l'onérosité : J. BOISSON, *Les libéralités à caractère collectif*, préf. M. Grimaldi, Defrénois, 2018, n° 179.

produits du corps humain et de la participation à la recherche biomédicale, le code de la santé publique admet l'indemnisation des frais exposés par le donneur ou le participant ainsi que le don croisé d'organes. Il pourrait s'agir de contreparties dont bénéficie le donneur ou le participant susceptibles d'exclure la gratuité. Le prisme de la contrepartie permet de jeter un éclairage sur ces possibles avantages. Sans affirmer que le consentement au prélèvement d'éléments ou produits du corps humain peut être qualifié de contrat au sens du code civil, et donc se prononcer sur leur qualification de contrat à titre gratuit[663], la réflexion sur la contrepartie contractuelle peut nourrir l'analyse des avantages reçus par les donneurs et leur portée à l'égard du principe de gratuité des dons d'éléments et produits du corps humain.

336. Plan. Il nous apparaît que si le remboursement des frais exposés par le concédant et l'indemnisation de ses pertes constituent une contrepartie susceptible d'écarter la gratuité de l'acte (a), ce n'est pas le cas de l'avantage obtenu pour un proche dans le don croisé (b).

a) Le remboursement des frais et l'indemnisation des pertes

337. Selon nous, les sommes versées pour compenser des pertes constituant la conséquence prévue d'un acte volontaire peuvent être qualifiées de contreparties. La contrepartie, qui est choisie, se distingue de l'indemnité, laquelle est subie[664]. En d'autres termes, la contrepartie « *est destinée à remplacer la perte que l'exécution du contrat provoque dans le patrimoine du créancier*[665] ». L'indemnité répond à « *l'existence d'*[une] *perte involontaire* [qui] *rompt l'équilibre des patrimoines,* [qui] *provoque une situation injuste qui appelle une compensation* » et a pour objet de compenser cette perte involontaire[666]. Dès lors qu'une perte résulte de l'exécution du contrat et était prévue lors de la conclusion de celui-ci, la créance qui la compense constitue une contrepartie. Plus généralement, toute prestation due par le bénéficiaire qui tend à prévenir ou à compenser la survenance d'une perte prévue lors de la conclusion du contrat constitue une contrepartie.

338. Ainsi, le remboursement des frais exposés par le concédant dans le cadre de la fourniture d'un service gratuit constitue, selon nous, une contrepartie susceptible

663 Sur ce point, voir : G. LOISEAU, « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », *D.* 2014, p. 2252 ; A. QUESNE, *Le contrat portant sur le corps humain*, préf. G. RAOUL-CORMEIL et J.-R. BINET, Mare & Martin, 2021, spéc. n^{os} 226-240 et 252-263.

664 V. ZALEWSKI-SICARD, « L'aide à un membre de sa famille : indemnisation ou rémunération ? », *in* F. LE BORGNE-UGUEN et M. REBOURG (dir.), *L'entraide familiale : régulations juridiques et sociales*, Presses Universitaires de Rennes, 2012, p. 244.

665 C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé*, préf. A. Sériaux, LGDJ, 2007, n^{o} 28.

666 *Ibid.*, n^{o} 36.

d'écarter la gratuité de l'acte. Le code civil prévoit que le dépositaire et le mandataire sont indemnisés des dépenses qu'ils ont exposées et des pertes que le contrat a occasionnées[667]. Cette solution peut être étendue par analogie à l'assistant bénévole.

339. Cette obligation d'indemniser peut constituer une contrepartie lorsque les dépenses exposées et les pertes occasionnées sont prévues lors de la conclusion du contrat[668]. Par exemple, la prise en charge de tout ou partie du coût du carburant par le bénéficiaire de la prestation de transport peut constituer une contrepartie à cette prestation[669]. On peut également imaginer un contrat de dépôt de chevaux conclu lors de la création d'un haras dans lequel le dépositaire, nouvel exploitant du haras, ne perçoit pas de prix du déposant, propriétaire des chevaux, pour son service, mais est indemnisé des sommes exposées pour l'aménagement du lieu du dépôt en haras. Le paiement des frais d'aménagement peut constituer une contrepartie pour le dépositaire. Cette contrepartie pourra fonder la qualification onéreuse du contrat si elle est équivalente à la valeur du service fourni par le concédant.

340. Les sommes allouées aux donneurs vivants d'éléments et produits du corps humain et aux personnes qui prêtent leur concours à la recherche biomédicale constituent des contreparties susceptibles d'exclure la gratuité de l'acte. Selon le code civil « *Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles*[670] ». La loi énonce que les donneurs d'éléments et produits du corps humain et les personnes qui prêtent leur concours à la recherche biomédicale

667 Pour le dépositaire, voir l'article 1947 du code civil : « *La personne qui a fait le dépôt est tenue de rembourser au dépositaire les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose déposée, et de l'indemniser de toutes les pertes que le dépôt peut lui avoir occasionnées*. » Voir aussi : article 133 alinéa premier de l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'association Henri Capitant ; article 1937 de l'avant-projet de réforme de la commission Stoffel-Munck (sur ces avant-projets, voir *supra*, n° 95). Pour le mandataire, article 1999 du code civil alinéa premier : « *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* » ; article 2000 du même code : « *Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable*. » Voir aussi : article 151 de l'offre de réforme ; article 2121 de l'avant-projet.

668 Voir *contra* : C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé*, *op. cit.* nbp n° 665, n^os^ 85-86. L'autrice soutient que dans les contrats de dépôt et de mandat, les dépositaires et les mandataires consentent à fournir une prestation de service intellectuelle ou matérielle sans rémunération mais non une donation des frais qu'ils exposent et des pertes qu'ils subissent. Ces frais et pertes constitueraient un appauvrissement non consenti et sans cause, et l'obligation de les indemniser une indemnité et non une contrepartie. Mais cet argument n'est pertinent que si les frais et pertes n'étaient pas prévus lors de la conclusion du contrat.

669 Voir toutefois, jugeant que l'accord sur le partage des frais du transport ne permettait pas de caractériser l'existence d'un contrat de transport à titre onéreux, et que le transporteur était bénévole : Civ. 1re, 6 avril 1994, n° 91-21.047, *Bull. civ*. I, n° 136 ; *Revue critique de droit international privé* 1994, p. 650, note P. LAGARDE ; *RTD civ.* 1994, p. 866, obs. P. JOURDAIN. Sur le transport bénévole, voir *supra*, n° 181.

670 Article 16-5 du code civil.

ne peuvent recevoir de rémunération ou de contrepartie[671]. Il s'en infère un principe général de gratuité du don d'éléments ou produits du corps humain ou de la participation à une expérimentation sur le corps humain. Pourtant, le régime des dons d'éléments et produits du corps humain contient des dispositions susceptibles de s'apparenter à un avantage dont bénéficie le donneur ou le participant. L'établissement de santé « *rembourse* » les frais de transport et d'hébergement et « *prend le cas échéant à sa charge l'indemnisation de la perte de rémunération subie par le donneur*[672] ». Le concours à la recherche biomédicale donne lieu au « *remboursement des frais exposés et, le cas échéant,* [à une] *indemnité en compensation des contraintes subies versée par le promoteur*[673] ». Se pose donc la compatibilité de ce qui pourrait constituer des avantages reçus par le donneur ou le participant avec la gratuité de l'opération.

341. Les frais remboursés, les contraintes subies et les pertes de rémunération sont prévus lors de l'émission du consentement au prélèvement. Les sommes versées en considération de ces pertes nous semblent ainsi devoir constituer des contreparties[674]. Les termes de l'article L. 1121-11 alinéa premier peuvent d'ailleurs être interprétés en ce sens. Cet article dispose que « *La recherche biomédicale ne donne lieu à aucune contrepartie financière directe ou indirecte pour les personnes qui s'y prêtent, hormis le remboursement des frais exposés et, le cas échéant, l'indemnité en compensation des contraintes subies versée par le promoteur.* » La conjonction « *hormis* » nous paraît indiquer que le remboursement des frais exposés et l'indemnité en compensation des contraintes subies constituent des exceptions au principe d'absence de contrepartie financière directe ou indirecte. Par exemple, une donneuse d'ovocytes pourrait être principalement motivée par le trajet, l'hébergement et le congé que l'indemnisation a pour objet de financer[675]. Un donneur de sang pourrait être motivé par le repas reçu après le don. Les

671 Article 16-6 du code civil : « *Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci* ». Article L. 1121-11 du code de la santé publique : « *La recherche biomédicale ne donne lieu à aucune contrepartie financière directe ou indirecte pour les personnes qui s'y prêtent* […]. » Article L. 1211-4 du même code : « *Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits*. »

672 Articles R. 1211-2 à R. 1211-9, D. 1221-2 et D. 1221-4 du code de la santé publique. Le don de sang étant cependant exclu du champ d'application de ces articles mais peut donner lieu à collation (article D. 1221-3 du même code) et remboursement des frais de transport (article D. 1221-4).

673 Article L. 1121-11 alinéa premier du code de la santé publique. L'indemnité est toutefois interdite lorsque la recherche implique des mineurs, des majeurs protégés, des détenus ou des malades en général : article L. 1121-11 alinéa 2 du code de la santé publique.

674 Voir *contra* : A.-M. LEROYER, *Droit de la famille*, PUF, 2022, nº 939.

675 Voir en ce sens, au sujet du don d'ovocytes : « *pendant les jours nécessaires pour le prélèvement d'ovocytes en vue du don, la donneuse reçoit son salaire habituel, et continue à capitaliser pour ses congés payés et son ancienneté. L'activité de la femme a changé, et consiste pour elle à se prêter au prélèvement en vue du don, mais elle demeure rémunérée* » (A. MIRKOVIC, « Repenser le don de gamètes », *in* A. MIRKOVIC (dir.), *Le don de gamètes*, Actes du colloque du Centre Léon Duguit de

sommes dues par l'établissement hospitalier constituent donc une contrepartie aux prestations du donneur, prises dans leur ensemble[676]. Il est indifférent, à cet égard, que le donneur ne reçoive qu'un remboursement des frais effectivement exposés et non une indemnisation forfaitaire[677]. Dès lors que le remboursement est prévu en son principe il constitue une contrepartie susceptible d'écarter la gratuité, peu importe qu'il soit indéterminé dans son montant.

342. Pour déterminer si cette indemnisation écarte la gratuité, il faut rechercher si elle constitue, notamment pour le concédant, un sacrifice inférieur à celui qu'il consent. Seule la contrepartie constituant un sacrifice équivalent à celui consenti par le concédant écarte la gratuité[678]. Autrement dit, lorsque le concédant reçoit une contrepartie mais que celle-ci ne constitue pas un sacrifice équivalent à celui caractérisé par l'avantage qu'il procure, la gratuité peut être retenue. Ce critère doit être étendu au don d'éléments et produits du corps humain et à la participation à une expérimentation impliquant la personne. Il ne peut être affirmé que ces opérations sont véritablement gratuites qu'à la condition que le donneur et le participant perçoivent les avantages reçus comme inférieurs au sacrifice qu'ils consentent.

b) Le don croisé

343. Selon nous, le don croisé d'éléments et produits du corps humain ne porte pas atteinte au principe de la gratuité du don. Le don croisé constitue une figure particulière de don d'éléments et produits du corps humain. Il n'est autorisé qu'en matière de don d'organes prélevés sur une personne vivante. En principe, le don d'organes ne peut bénéficier qu'à un proche de la personne prélevée : un membre de sa famille ou une personne avec laquelle elle entretient une relation d'affection[679]. Par exception, lorsque les caractéristiques biologiques du donneur et du receveur rendent le don impossible en raison d'une incompatibilité, la loi autorise

l'Université d'Evry le 13 décembre 2012, Bruylant, 2014, p. 15). Voir aussi : J.-C. GALLOUX, « L'indemnisation du donneur vivant de matériels biologiques », *RDSS* 1998, p. 1 ; M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain. Limites de l'usage économique du corps*, préf. V. Champeil-Desplats, LGDJ, 2018, n^os^ 405-409.

676 Voir *contra* : C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé*, *op. cit.* nbp n^o^ 665, n^o^ 88. Pour écarter la qualification de contrepartie, l'autrice soutient que les sommes versées « *ne constitue*[nt] *pas la contrepartie réciproque, interdépendante et lucrative* » du don, qu'elles ne compensent pas l'abandon d'un organe mais seulement les frais exposés dans le cadre du prélèvement, et qu'en toute hypothèse « *l'abandon du corps humain* » n'est « *pas pécuniairement appréciable* ».

677 Voir *contra*, retenant que l'indemnisation forfaitaire caractérise une « vénalité déguisée » mais que le remboursement des seuls frais réels est compatible avec la gratuité : A. MÂZOUZ, *Le prix du corps humain*, préf. G. Loiseau, L'Harmattan, 2020, n^os^ 176-180 et 184.

678 Voir *infra*, n^os^ 347 s.

679 Article L. 1231-1 alinéas 1 et 2 du code de la santé publique. Sur ce point, voir aussi *infra*, n^o^ 424.

qu'ils soient appariés avec un second couple composé d'un donneur et d'un receveur afin que le donneur du premier couple donne au receveur du second et que le donneur du second couple donne au receveur du premier[680].

344. Chacun des donneurs reçoit un avantage résidant dans la réception d'un organe par son proche. Il peut être supposé que les motifs du donneur ne résident pas dans l'intention d'avantager le bénéficiaire anonyme de son don, mais plutôt dans celle de voir son proche recevoir un organe[681]. Certains auteurs doutent de la gratuité du don croisé et énoncent qu'il s'apparente à un « *troc*[682] ». Mais le donneur ne retire aucun avantage pour lui-même, seul le receveur bénéficiant de la contrepartie du don. L'acte peut être qualifié de gratuit.

345. La doctrine et le législateur sont confrontés à la question de la possibilité d'autoriser le don croisé de gamètes. Il s'agirait plus précisément de proposer aux couples en attente de don d'être privilégiés par rapport aux autres, en bénéficiant d'un don plus tôt, s'ils convainquent une autre femme de procéder à un don. Le don croisé de gamètes est interdit et pénalement sanctionné[683]. Il est néanmoins décrit comme une pratique courante dans les centres de don[684].

346. La généralisation du don croisé, et en particulier du don croisé de gamètes, ne porte pas atteinte au principe de gratuité du don. Le donneur ne retire de l'acte aucune contrepartie pour lui-même. Si les parties sont liées par des liens d'affection, l'acte peut être qualifié de gratuit. Certes, il existe un risque que le donneur se soit vu promettre une rémunération par le receveur[685]. Cependant, de telles suspicions n'ont pas fait obstacle à l'admission du don

680 Article L. 1231-1 alinéa 3 du code de la santé publique : « *En cas d'incompatibilité entre la personne ayant exprimé l'intention de don et la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré en vertu des premier ou deuxième alinéas, rendant impossible la greffe, le donneur et le receveur potentiels peuvent se voir proposer le recours à un don croisé d'organes. Celui-ci consiste pour le receveur potentiel à bénéficier du don d'une autre personne ayant exprimé l'intention de don et également placée dans une situation d'incompatibilité à l'égard de la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré en vertu des premier ou deuxième alinéas, tandis que cette dernière bénéficie du don du premier donneur* […] ».

681 Voir ainsi, au sujet du don d'ovocytes : J.-R. BINET, « La gratuité des éléments et produits du corps humain : entre esquive et faux semblant », *in* N. MARTIAL-BRAZ et C. ZOLYNSKI, *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, *op. cit.* nbp nº 681, p. 270-274.

682 F. SAUVAGE, « Le prix d'un ovocyte », *in* A. MIRKOVIC (dir.), *Le don de gamètes*, Actes du colloque du Centre Léon Duguit de l'Université d'Evry le 13 décembre 2012, Bruylant, 2014, p. 117.

683 Articles L. 1244-7 du code de la santé publique et 511-13 du code pénal.

684 A.-M. LEROYER, *Droit de la famille*, *op. cit.* nbp nº 674, nº 939. Voir aussi : Rapport RM2011-024P de l'Inspection générale des affaires sociales, *État des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France*, 2011, p. 24-25 (disponible à l'adresse : https://medias.vie-publique.fr/data_storage_s3/rapport/pdf/114000113.pdf).

685 M.-X. CATTO, « Circulation des gamètes : la marchandisation est-elle inéluctable ? », *in* E. BERTRAND, M.-X. CATTO et A.-D. MORNINGTON (dir.), *Les limites du marché. La marchandisation de la nature et du corps*, Mare & Martin, 2020, p. 244. Voir aussi l'intervention de Jean Leonetti dans les travaux parlementaires de la loi nº 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, deuxième lecture à

relationnel d'organes et de moelle osseuse. Et des garanties procédurales pourraient permettre de s'assurer de l'intégrité du consentement et des motivations, à tout le moins des motivations déclarées, du donneur. Le don relationnel croisé ne porte donc pas atteinte au principe de gratuité des dons d'éléments et produits du corps humain. Il pourrait être étendu au don de gamètes. D'une manière générale, la contrepartie au bénéfice d'un tiers ne constitue pas une contrepartie excluant la gratuité. De même, l'existence d'une contrepartie déséquilibrée, qui constitue un sacrifice inférieur à celui consenti par le concédant, est compatible avec la qualification de contrat à titre gratuit.

B. L'EXISTENCE D'UNE CONTREPARTIE CONSTITUANT UN SACRIFICE INFÉRIEUR À CELUI RÉSULTANT DE L'AVANTAGE CONSENTI PAR LE CONCÉDANT

347. Dans la donation avec charge, l'existence de la charge, qui constitue une contrepartie, ne fait pas obstacle à la gratuité si cette charge a une valeur objectivement et subjectivement inférieure à celle de l'avantage fourni par le concédant. C'est le cas de la donation avec charge. La donation avec charge est celle par laquelle le bénéficiaire s'engage envers le concédant à une obligation[686]. On a examiné l'hypothèse d'une charge particulière, celle consistant dans l'affectation de l'avantage procuré à l'œuvre philanthropique menée par le bénéficiaire, et constaté qu'elle ne constituait pas une contrepartie au bénéfice du concédant[687]. L'appréciation de la contrepartie consistant dans un avantage fourni par le bénéficiaire au concédant est plus délicate. Toutefois, un contrat qui crée une obligation à la charge du bénéficiaire peut tout de même être qualifié de donation, dès lors que la valeur de cette charge demeure inférieure à l'avantage reçu par le bénéficiaire[688].

---

l'Assemblée Nationale, première séance du mercredi 25 mai 2011 : « *Est-on bien sûr que la donneuse ainsi amenée par la personne qui a besoin d'un ovocyte fait un don totalement altruiste ? Quand on constate, comme parfois, que les relations affectives sont extrêmement lâches, on peut imaginer qu'il y a eu une compensation rémunératrice. En fait, on accepte qu'il y ait dans notre pays des rémunérations occultes de dons d'ovocytes de gré à gré, validées par les CECOS* ».

686 Voir *supra*, n° 333.

687 *Ibid*.

688 J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités, op. cit.* nbp n° 646, n° 36 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants, op. cit.* nbp n° 642, n^os^ 1197-1200 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités, op. cit.* nbp n° 658, n° 255 ; M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français, op. cit.* nbp n° 658, n° 126. Voir cependant, jugeant que le donateur s'est nécessairement engagé pour obtenir le paiement de la charge, de sorte que le contrat ne peut être qualifié de contrat à titre gratuit : F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie*

348. Cette règle nous semble pouvoir être généralisée, et nous permettre de retenir que tout contrat peut être qualifié de contrat à titre gratuit lorsque le concédant reçoit une contrepartie constituant un sacrifice objectivement et subjectivement inférieur à celui constitué par l'avantage procuré. Ainsi, l'admission de la donation avec charge nous semble devoir conduire, par induction, à celle des contrats de services gratuits avec charge. En particulier, elle nous paraît propice à éclaircir la distinction entre bail et prêt à usage.

349. Cette règle éclaire également des cas particuliers de contrepartie que constituent les contreparties dans le financement participatif et les contreparties symboliques.

350. Plan. Dans cette perspective, nous verrons que les contrats de services gratuits peuvent être qualifiés de gratuits (1.), ainsi que les opérations de financement participatif (2.) et les actes faisant l'objet d'une contrepartie symbolique (3.).

1. La contrepartie dans les
2. La contrepartie dans le financement participatif
3. La contrepartie symbolique

1. La contrepartie dans les contrats de services gratuits

351. Le contrat de service dans lequel le concédant procure un avantage et reçoit une contrepartie objectivement et subjectivement inférieure peut constituer, de même que la donation avec charge, un contrat à titre gratuit. Par analogie avec la donation avec charge, il faut retenir qu'un contrat de service peut être qualifié de contrat à titre gratuit même lorsque le bénéficiaire du service fournit une contrepartie. Si son sacrifice est objectivement et

générale des obligations, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, n° 197.

La Cour de cassation précise que lorsque la valeur de la donation est déterminante, par exemple pour l'exercice du rapport, seul l'émolument net, correspondant à la valeur du bien donné net de la charge, doit être pris en compte : Civ. 1re, 16 juillet 1981, n° 80-13.028, *Bull. civ.* I, n° 262 ; Civ. 1re, 23 mars 1994, n° 92-15.191, *Bull. civ.* I, n° 114 ; *D.* 1995. somm. 333, obs. B. VAREILLE.

Le droit fiscal adopte une approche plus nuancée. Il qualifie les donations avec charge d'actes à titre gratuit et les soumet aux droits de mutation pour la totalité de la valeur du bien transféré (BOI-ENR-DMTG-20-10-10 du 11 décembre 2013). Il refuse de prendre en compte la contrepartie fournie par le bénéficiaire pour réduire l'assiette de l'impôt. Au contraire, en matière de crédit d'impôt au titre des dons aux œuvres (sur lequel voir *infra*, n° 511), l'existence d'une contrepartie fournie par le bénéficiaire disqualifie l'opération, sauf à ce que la contrepartie ne soit que symbolique ou qu'il y ait « *disproportion marquée* » entre cette dernière et la contribution (BOI-BIC-RICI-20-30-10-20 du 8 juin 2022 ; BOI-IR-RICI-250-20 du 12 septembre 2012). En matière de dons aux œuvres par les particuliers, la doctrine administrative précise que la contrepartie doit être d'une valeur inférieure à 65 euros et à un quart du montant de la contribution.

Cette divergence peut être expliquée par les différents régimes qui sont attachés à ces qualifications. La donation constitue un fait générateur de droits de mutation à la charge des parties, cependant que la dépense de mécénat génère un crédit d'impôts à leur bénéfice. Les critères de qualification retenus par la doctrine administrative jouent donc en faveur de l'État.

subjectivement inférieur à celui du concédant, le contrat peut être à titre gratuit. Si son sacrifice est équivalent, le contrat est à titre onéreux.

352. Le contrat par lequel une personne transfère temporairement la jouissance d'une chose à charge pour le bénéficiaire de fournir une contrepartie d'une valeur inférieure à cette jouissance peut donc constituer un prêt à usage avec charge et non un bail. Le code civil énonce que le contrat par lequel une personne transfère temporairement la jouissance d'une chose constitue un bail lorsqu'est stipulé un prix et un prêt à usage lorsqu'il est gratuit[689]. Cette définition doit être retravaillée. En effet, le code civil dispose également que le contrat translatif de propriété constitue une vente lorsque le récipiendaire paye un prix et une donation lorsque le contrat est gratuit. Ces définitions ont été précisées par la jurisprudence et la doctrine relatives à la donation avec charge : le prix doit s'entendre de la prestation, monétaire ou non, d'une valeur subjectivement équivalente à celle du bien transféré. De même, la seule existence d'une prestation monétaire qualifiée de loyer ne suffit pas à caractériser l'existence d'un bail. La qualification de bail résulte d'une obligation de payer une somme d'argent objectivement et subjectivement équivalente à la valeur locative du bien dont l'usage est transféré. De même que la donation avec charge, le contrat dans lequel le récipiendaire de la chose fournit une contrepartie, sous forme d'un versement d'une somme d'argent ou autre, peut constituer un prêt à usage lorsque son sacrifice est objectivement et subjectivement inférieur à celui du concédant.

353. Ce critère doit être adopté par la jurisprudence. Celle-ci est actuellement décrite par la doctrine comme « *fluctuante*[690] ». Il résulte de certains arrêts que toute contrepartie, même faible, suffit à requalifier un prêt à usage de bail[691]. Mais si le paiement irrégulier de sommes d'argent a justifié la qualification de bail dans un arrêt[692], il a fondé son exclusion dans un autre[693]. De même, la Cour de cassation a retenu que l'accomplissement par l'occupant de

689 Voir *supra*, n° 186.

690 J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, 10e édition, LexisNexis, 2019, n° 285. Voir aussi : J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LÉCUYER, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 3e édition, LGDJ-Lextenso, 2012, n° 21106 ; F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 11e édition, Dalloz, 2019, n° 351. Voir toutefois, proposant un critère fondé sur l'intention des parties : P. LE TOURNEAU, J. FISCHER et E. TRICOIRE, *Principaux contrats civils et commerciaux*, Ellipses, 2005, p. 31.

691 Voir par exemple, pour la censure d'une cour d'appel ayant qualifié de prêt une convention d'occupation d'un immeuble, après avoir constaté que les occupants versaient au propriétaire une indemnité : Soc., 31 janvier 1958 ; *RTD civ*. 1958, p. 424, obs. J. CARBONNIER. *Adde.* retenant qu'un loyer modique et la prise en charge des travaux par le locataire sont suffisants pour emporter la qualification de bail : Civ. 3e, 15 mai 1973, n° 72-11.841, *Bull. civ.* III, n° 336.

692 Civ. 3e, 7 mars 2012, n° 11-14.630, *Bull. civ.* III, n° 40 ; *AJDI* 2012, p. 525, note S. PRIGENT ; *Dr. rural* 2012, comm. 37, obs S. CREVEL.

693 Versailles, 7 mai 1998, n° 98-587, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 1er décembre 1998, n° 1327.

travaux qui, « *bien qu*['ils] *aient valorisé l'immeuble,* [...] *constituaient avant tout, non la contrepartie mais la condition d'un usage personnalisé des lieux*[694] », n'emportait pas la qualification de bail. Dans un autre, elle a approuvé une cour d'appel d'avoir constaté que des travaux ayant « *permis de transformer une ruine en logement habitable* » avaient constitué la contrepartie de la mise à disposition de l'immeuble[695]. L'analyse de la Cour de cassation nous paraît pouvoir être précisée. Les juridictions pourraient s'emparer des critères permettant de distinguer la donation avec charge de la vente et les appliquer pour qualifier un contrat de bail ou de prêt à usage. L'existence d'une contrepartie déséquilibrée est compatible avec la gratuité. Pour que la qualification gratuite soit retenue, néanmoins, l'absence de contrepartie équivalente reçue par le concédant doit se conjuguer avec l'absence d'avantage extérieur à l'acte attendu par lui.

2. La contrepartie dans le financement participatif

354. Ce critère permet de déterminer, parmi les opérations de financement participatif par don ou prêt, celles qui constituent des contrats à titre gratuit. Le financement participatif est une opération par laquelle une personne, nommée porteur de projet, collecte des fonds, « *généralement des petits montants, auprès d'un large public constitué d'internautes*[696] », appelé contributeurs. Elle peut prendre la forme d'achat de titres sociaux ou de prêt à intérêts : les contributeurs reçoivent des titres sociaux en contrepartie de leur versement ou le porteur de projet s'engage à restituer les sommes versées augmentées d'intérêts. Les opérations de financement participatif peuvent adopter le modèle du don ou du prêt sans intérêt. Le financement participatif s'inscrit dans la tradition de financement d'activités économiques et philanthropiques par la foule. Cette tradition a été renouvelée par sa transposition sur internet, qui permet aux porteurs de projet d'entrer en contact avec un nombre plus important de contributeurs potentiels. Elle a surtout été transformée par l'apparition de plateformes de mise en relation de ces contributeurs potentiels et des porteurs de projet. C'est

694 Civ. 3e, 5 mai 2004, no 03-10.042, inédit.

695 Civ. 3e, 9 avril 2013, no 12-15.478, inédit. Voir aussi, faisant grief à une cour d'appel de ne pas avoir recherché « *si les travaux d'amélioration effectués par* [l'occupant]*, fussent-ils réalisés antérieurement à la signature de l'acte, ne constituaient pas la contrepartie des biens mis à sa disposition* » : Civ. 3e, 4 novembre 1998, no 96-18.168, inédit.

696 A.-V. LE FUR, « Le crowdfunding : le cadre juridique national et le futur cadre européen », *Dr. & patr.* novembre 2017, p. 22. Voir aussi : A.-V. LE FUR (dir.), *Le cadre juridique du crowdfunding : analyses prospectives*, Société de législation comparée, 2015 ; L. GROSCLAUDE, « Le *crowdfunding* immobilier », *in Par le droit immobilier et au-delà. Mélanges en l'honneur de Daniel Tomasin*, Dalloz, 2022, p. 253-254.

l'activité de ces plateformes qui a été encadrée par une ordonnance du 30 mai 2014[697] puis un règlement européen du 7 octobre 2020[698]. Le droit positif ne contient donc que peu de dispositions relatives aux rapports entre le contributeur et le porteur de projet. De plus, il se concentre sur les opérations de financement par achat de titres sociaux et de prêt, perçues par le législateur comme plus dangereuses que le financement par don. Aucune disposition n'évoque la qualification du financement par don ou prêt sans intérêt au regard de la distinction entre le contrat à titre onéreux et le contrat à titre gratuit.

355. Dans les opérations de financement participatif par don ou par prêt sans intérêt, les porteurs de projet proposent habituellement aux contributeurs des avantages, désignés par la pratique par le terme de contreparties. Il peut s'agir de la fourniture de biens de faible valeur tels que des objets promotionnels, d'une mention du nom du contributeur sur un site internet, ou d'une invitation à une rencontre avec le porteur de projet. Toutefois, la contrepartie peut prendre la forme du bien ou de la prestation dont l'opération a pour but de financer la production ou l'élaboration. Le financement participatif s'apparente dans ces cas à une vente ou à un contrat d'entreprise, l'échéance de l'obligation de paiement d'une somme d'argent étant immédiate et celle de l'obligation caractéristique du contrat reportée à une date ultérieure. Sous la dénomination de financement participatif par don ou par prêt sans intérêt coexistent ainsi des actes gratuits et des actes onéreux[699].

356. Constitue un contrat à titre gratuit l'opération par laquelle le contributeur reçoit une contrepartie dont la valeur est objectivement et subjectivement inférieure au montant de la somme d'argent qu'il verse au porteur de projet. Lorsque la contribution est objectivement et subjectivement équivalente à la valeur de la contrepartie reçue, l'opération constitue un contrat à titre onéreux[700].

---

697 Ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif. *Adde*. décret n° 2016-1453 du 28 octobre 2016 relatif aux titres et aux prêts proposés dans le cadre du financement participatif.

698 Règlement (UE) 2020/1503 du Parlement européen et du Conseil du 7 octobre 2020 relatif aux prestataires européens de services de financement participatif pour les entrepreneurs, et modifiant le règlement (UE) 2017/1129 et la directive (UE) 2019/1937.

699 Voir aussi : J. ROCHFELD, « Le financement participatif par don : financement ou communauté ? », *in Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 901, n^{os} 2 et 5.

700 Pour déterminer si les relations entre le contributeur et le porteur de projet relèvent du titre gratuit, certains auteurs préconisent de faire application des critères édictés par la doctrine administrative relative à l'application du crédit d'impôt sur le revenu au titre des dons aux œuvres d'intérêt général de l'article 200, 1, bis du code général des impôts (sur ces critères, voir *supra*, nbp n° 688). Il en résulterait que ces relations relèvent du titre onéreux lorsque la valeur de la contrepartie excède un quart de celle de la contribution ou 65 euros : Voir G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « Le crowdfunding par don peut-il être qualifié de mécénat ? », *in* A.-V. LE FUR (dir.), *Le cadre juridique du crowdfunding*, *op. cit.* nbp n° 696, p. 240-243 ; N. BLANC, « Mystérieux "don avec contrepartie" », *in* A.-V. LE FUR (dir.), *Le cadre*

3. La contrepartie symbolique

357. Les contreparties symboliques constituant des témoignages de gratitude n'emportent pas la qualification d'acte à titre onéreux. Le code de la santé publique prévoit que des « *marques de reconnaissance*[701] » peuvent être attribuées aux donneurs d'éléments et produits du corps humain, qui se concrétisent sous la forme de diplômes[702] et d'insignes[703]. Dès lors qu'elles constituent un sacrifice subjectivement et objectivement inférieur à celui du concédant, elles n'en écartent pas la gratuité.

§2. L'ABSENCE D'AVANTAGE EXTÉRIEUR À L'ACTE

358. Le critère de l'absence d'avantage extérieur à l'acte tend à exclure la gratuité des actes de « gratuité » intéressée. Nous défendons la conception bienfaisante de la gratuité et, ainsi, l'exclusion du domaine de la gratuité et de la « gratuité » intéressée. Cet argumentaire a pour finalité, d'une part, l'affirmation symbolique de l'existence de la bienfaisance, et, d'autre part, l'exclusion des actes de « gratuité » intéressée du champ d'application des règles spécifiques à la gratuité.

359. Pour identifier les actes de « gratuité » intéressée, il nous paraît utile de comprendre les modèles économiques fondés sur la « gratuité » intéressée. L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck, qui suggère d'intégrer dans le code civil la catégorie du prêt à usage intéressé, définit ce dernier comme celui dans lequel « *le prêteur agit, au su de l'emprunteur, en vue de l'obtention d'un avantage économique*[704] ». Cette définition nous paraît pouvoir être précisée. L'hésitation face à la conception bienfaisante de la gratuité est en effet motivée par un doute sur la possibilité de l'identifier et la crainte d'un arbitraire du juge dans sa qualification. Il nous paraît dès lors opportun de circonscrire la recherche de l'avantage économique en vue de l'obtention duquel

---

juridique du crowdfunding, précité, p. 251, n^os^ 7-8 et 9-12.
Cette référence au droit fiscal nous paraît superflue et hors de propos. L'analyse jurisprudentielle et doctrinale civiliste fournit les éléments nécessaires pour appréhender le financement participatif. Sur l'autonomie du droit fiscal, voir *supra*, nbp n^o^ 11.

701 Article D. 1221-3 du code de la santé publique. Il a été mis en œuvre par un arrêté du 2 mai 2002 prévoyant l'attribution de diplômes aux donneurs de sang bénévoles, puis un second du 3 novembre 2008 ajoutant la distribution d'insignes.

702 Arrêté du 2 mai 2002 fixant les conditions d'attribution des diplômes et des insignes des donneurs de sang bénévoles.

703 Arrêté du 3 novembre 2008 modifiant l'arrêté du 2 mai 2002 fixant les conditions d'attribution des diplômes et des insignes des donneurs de sang bénévoles.

704 Article 1876 du code civil.

agit le concédant[705]. Pour ce faire, une meilleure compréhension des modèles économiques fondés sur la « gratuité » intéressée nous semble indispensable.

360. Les contrats de « gratuité » intéressée peuvent s'inscrire dans des opérations ponctuelles ou dans des modèles économiques reposant sur la « gratuité » intéressée. La « gratuité » intéressée peut adopter la forme d'un acte isolé ou d'une opération constituée par un nombre limité d'actes[706]. Par exemple, un créancier peut consentir une remise de dette afin d'inciter son débiteur à en régler le solde. Ou une société peut se porter caution des dettes d'un partenaire commercial afin de lui permettre de poursuive son activité. La « gratuité » intéressée peut également être au cœur de la manière dont l'activité crée de la valeur et génère du profit. Une société peut mener une activité par laquelle elle fournit des services ou des biens sans contrepartie à un ensemble de personnes, et attendre un avantage de contrats conclus avec d'autres personnes. Ainsi, « *la gratuité est au cœur d'une multitude de stratégies, lesquelles reposent sur* des *gratuités rentables*[707] ».

361. Or, la « gratuité » intéressée est plus facilement identifiée par ses modèles économiques que par la synthétisation de ces opérations ponctuelles. La comparaison des divers modèles économiques permet d'établir une typologie des modèles économiques fondés sur la « gratuité » intéressée, qui peut être étendue aux opérations relevant de la « gratuité » intéressée.

362. Plan. Nous verrons que les modèles et opérations économiques de la « gratuité » intéressée laissent apparaître une diversité d'avantages susceptibles d'être attendus par le concédant (A.). Les avantages constituant l'intérêt de la « gratuité » intéressée doivent être définis largement comme les avantages extérieurs au contrat susceptibles d'être recherchés par

705 Voir aussi, suggérant, pour définir le prêt à usage intéressé au sens de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck, de s'inspirer d'une définition du plan comptable général, selon laquelle l'avantage économique pourrait être défini comme « *le "potentiel* [offert par la conclusion du prêt] *de contribuer, directement ou indirectement, à des flux nets de trésorerie au bénéfice* [du prêteur]*"* » : G. CATTALANO, « Le prêt », *in* Dossier : « Libres réflexions autour de la réforme des contrats spéciaux », *RDC* mars 2023, p. 219. Comp. retenant, pour définir le contrat à titre gratuit intéressé, que celui-ci est caractérisé par la « *volonté d'obtenir un gain ou d'éviter une perte* » du concédant qui agit « *dans le but d'obtenir une satisfaction patrimoniale* », par opposition au contrat à titre gratuit désintéressé dans lequel le concédant agit « *sans volonté d'acquérir une satisfaction patrimoniale* », est animé par une « *motivation purement sociale* » : C. ROSSETTO, *Le service gratuit : de la tradition au numérique*, th. Tours, 2020, n° 26.

706 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* nbp n° 648, V° Opération, 1 : « *Acte juridique ou ensemble complexe d'actes juridiques* ».

707 C. ZOLYNSKI, « Propos introductifs : La gratuité en questions », *in* N. MARTIAL-BRAZ et C. ZOLYNSKI (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, *op. cit.* nbp n° 681, p. XIV.

le concédant, dans un ou plusieurs contrats conclus ou éventuels, avec le bénéficiaire ou un tiers (B.).

A. Typologie des opérations et modèles économiques de la « gratuité » intéressée
B. Caractérisation de l'avantage extérieur à l'acte

A. TYPOLOGIE DES OPÉRATIONS ET MODÈLES ÉCONOMIQUES DE LA « GRATUITÉ » INTÉRESSÉE

363. La « gratuité » intéressée repose sur le modèle des subventions croisées. Le modèle des subventions croisées est celui dans lequel le bien ou le service fourni par une entreprise sur un marché est partiellement ou totalement financé par son activité sur un autre marché. Il y a « gratuité » intéressée en cas de financement total[708].

364. L'activité peut emprunter le modèle économique des subventions croisées directes, lorsque l'avantage fourni est compensé par un avantage attendu immédiatement du bénéficiaire. Dans les modèles reposant sur des subventions croisées directes, le bénéficiaire reçoit un produit ou un service apparemment gratuit, mais dont le coût est compensé par le prix qu'il paie pour l'achat d'un autre produit ou service[709]. Les rasoirs Gillette en constituent un exemple historique. L'entreprise aurait vendu des rasoirs à lame jetable au rabais à des partenaires dans le but que ceux-ci les distribuent sans contrepartie à leurs clients. Le rabais consenti par Gillette était motivé par l'avantage attendu de la vente de lames de rasoir[710]. Pour Gillette, la « gratuité » des rasoirs était financée par l'achat des lames. La « gratuité » intéressée peut encore résulter de modèles de type *freemium*[711]. Le mot-valise freemium joint les termes

708 C. ANDERSON, *Free ! : comment marche l'économie du gratuit*, Flammarion, 2014, p. 33-44.

709 *Ibid*., p. 36-37.

710 *Ibid.*, p. 20-21. *Adde*. C. ZOLYNSKI, « Propos introductifs : La gratuité en questions », *loc. cit.* nbp n° 707, p. XIII.

711 La jurisprudence a admis que ce type de modèles doit être pris en considération pour apprécier les abus de position dominante. Une affaire l'illustre. Une société fournissait un service de cartographie permettant à des professionnels d'insérer dans des sites ou applications sur internet un plan d'accès à leurs locaux. La société Google, par son service Google Maps, a offert ce même service à des particuliers aussi bien qu'à des professionnels, sans contrepartie pour une version simple, mais contre rémunération pour l'utilisation de fonctionnalités plus élaborées. La société de cartographie a fait valoir qu'en fournissant un service sans contrepartie, Google commettait un abus de position dominante. L'Autorité de la concurrence a jugé que l'opération ne devait pas être analysée sous le seul angle du service fourni sans contrepartie, mais dans la globalité des utilisations gratuites et payantes, soit l'ensemble de l'opération *freemium*. Elle en a déduit l'absence de prix prédateur : Autorité de la concurrence, avis n° 14-A-18, 16 décembre 2014 ; *RDC* 2016, p. 724, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; E. MALAVOLTI et F. MARTY, « La gratuité peut-elle avoir des effets anticoncurrentiels ? Une perspective d'économie industrielle sur le cas Google », *in* N. MARTIAL-BRAZ et C. ZOLYNSKI (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, *op. cit.* nbp n° 681, p. 71.

« free », signifiant gratuit, et prémium, lequel fait référence à une position avantageuse ou privilégiée. Chacun de ces termes désigne une catégorie d'utilisateurs : certains utilisateurs accèdent au service « gratuitement » tandis que d'autres paient et bénéficient de fonctionnalités supplémentaires[712]. Ce modèle est adopté par exemple par de nombreux sites d'information en ligne : les simples visiteurs n'ont accès qu'à certains articles sélectionnés tandis que les abonnés peuvent consulter l'ensemble du fonds. Il en ressort que l'intérêt poursuivi par le concédant peut résider dans un contrat qu'il espère conclure avec le bénéficiaire de la prestation gratuite.

365. L'activité peut également exploiter un marché biface lorsque l'avantage fourni est compensé par un autre avantage attendu d'un tiers. Le terme de marché biface désigne le modèle économique des plateformes qui « *mettent en relation deux groupes d'agents qui ont intérêt à interagir mais ne disposent pas de moyens efficients pour le faire*[713][714] ». Une plateforme agit ainsi sur deux faces, voire plus, d'un marché, d'où le nom de biface ou multi-face. Plusieurs grandes catégories de marchés bifaces ont montré leur efficacité. C'est le cas de ceux fondés sur la publicité. La plupart des journaux opèrent sur deux marchés en parallèle : d'une part, le marché de leurs lecteurs, d'autre part, le marché de leurs annonceurs. Le contenu éditorial qui attire les lecteurs est partiellement ou totalement financé par la publicité. Les marchés bifaces peuvent également relever du modèle de l'intermédiation. Ainsi

---

La gratuité seule laisse présumer un prix prédateur potentiellement constitutif d'un abus de position dominante. Mais remise dans la perspective d'un équilibre entre utilisateurs gratuits et utilisateurs payants, le prix n'est plus un sacrifice et n'est donc plus prédateur : M. BEHAR-TOUCHAIS, note précitée sous Autorité de la concurrence, avis n° 14-A-18, 16 décembre 2014.

712 C. ZOLYNSKI, « Propos introductifs : La gratuité en questions », *loc. cit.* nbp n° 707, p. XIV.

713 M. NUSSENBAUM, « Faut-il créer des méthodes nouvelles ou des approches nouvelles pour évaluer les préjudices ? », *AJ contrat* 2016, p. 182.
Adde. B. CHARLIER-BONATTI, « Les pratiques liées à l'économie digitale : aspects de droit de la concurrence », *AJ contrat* 2016, p. 64 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Concurrence et gratuité », *in* N. MARTIAL-BRAZ et C. ZOLYNSKI (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, *op. cit.* nbp n° 681, p. 188-190 ; P. REY, « L'approche économique des marchés "biface" », *Revue Lamy de la concurrence* avril 2013, p. 170.
Sur les marchés bifaces en général, voir les dossiers « Les pratiques liées à l'économie digitale », dans les numéros 2 et 4 de l'année 2016 de l'AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution et N. MARTIAL-BRAZ et C. ZOLYNSKI (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, *op. cit.* nbp n° 681. Plus spécialement en droit de la concurrence, voir les actes du séminaire Philippe Nasse du 13 décembre 2012, (*Revue Lamy de la concurrence* avril 2013, p. 169) et les actes du séminaire DGTPE-Concurrence du 15 décembre 2005, « Les "two-sided markets" » (*Revue Lamy de la concurrence* octobre 2006, p. 106).

714 La notion de marché biface a été introduite en droit français par le biais du droit de la concurrence. Voir notamment : CJUE, 11 septembre 2014, aff. C-67/13 ; *RTD eur*. 2014 p. 935, obs. L. IDOT. *Adde*. H. BOUTHINON-DUMAS, « À la recherche d'un concept socio-économique de gratuité », *in* N. MARTIAL-BRAZ et C. ZOLYNSKI (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, *op. cit.* nbp n° 681, p. 27. Voir aussi, retenant que la prise en considération de l'existence d'un marché biface est nécessaire pour la définition du marché pertinent, la détection d'un pouvoir de marché ou l'analyse des effets pro- ou anti-concurrentiels de prix bas ou nuls, entre autres : B. CAILLAUD et T. TRÉGOUËT, « L'économie des marchés "biface" », *Revue Lamy de la concurrence* octobre 2006, p. 106.

des agences immobilières, qui interagissent avec les vendeurs d'une part, et les acquéreurs d'autre part. Enfin, relèvent des marchés bifaces les marchés fondés sur la collecte et l'exploitation de données personnelles. Un site internet collecte les données personnelles de ses utilisateurs auxquels il fournit un service gratuit, sur un premier marché, pour les revendre à un tiers, sur un second marché[715].

366. Dans ces modèles, plus le nombre de participants sur l'une des faces du marché est important, plus l'intérêt des participants de l'autre face est grand[716]. Ainsi, en matière de financement par la publicité, plus l'audience du média est nombreuse, plus l'intérêt pour les annonceurs de diffuser dans ce média est grand. Et plus les annonceurs sont nombreux, plus les revenus du média seront élevés, ce qui lui permettra de produire du contenu de qualité qui attirera de l'audience. Les plateformes peuvent « *subventionner par des prix faibles, voire nuls, la face du marché qui exerce une attraction sur la ou les autres faces du marché et* [...] *se rémunérer plus fortement sur ces dernières*[717] ». L'intérêt poursuivi par le concédant peut donc se situer dans un contrat conclu ou à conclure avec une personne autre que le bénéficiaire. Cette présentation nous permet de déterminer des critères permettant d'identifier l'intérêt poursuivi par le concédant d'un acte de « gratuité » intéressée et ainsi d'écarter la gratuité de ce dernier.

B. CARACTÉRISATION DE L'AVANTAGE EXTÉRIEUR À L'ACTE

367. Plan. Nous savons désormais que l'intérêt poursuivi par le concédant dans la « gratuité » intéressée peut avoir diverses origines : il peut se trouver dans un contrat conclu, à conclure ou simplement hypothétique, avec le bénéficiaire ou avec un tiers au rapport de gratuité. Ce critère doit permettre de caractériser l'existence d'un avantage poursuivi par le concédant équivalent à celui qu'il procure au bénéficiaire (2.). Avant de le préciser, nous justifierons la nécessité de ce nouveau critère, en exposant pourquoi le critère de la contrepartie convenue ne permet pas d'inclure dans le contrat à titre onéreux toutes les hypothèses de gratuité intéressée (1.).

715 Voir par exemple : V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ? : le partage de la valeur à l'ère numérique*, Odile Jacob, 2015, p. 19. Sur la collecte de données personnelles, voir aussi *infra*, n^os^ 385-393.

716 M. NUSSENBAUM, « Faut-il créer des méthodes nouvelles ou des approches nouvelles pour évaluer les préjudices ? », *loc. cit.* nbp n^o^ 713 ; N. LENOIR, « Le droit de la concurrence confronté à l'économie du Big Data », *AJ contrat* 2016, p. 66.

717 J. SÉNÉCHAL, « La diversité des services fournis par les plates-formes en ligne et la spécificité de leur rémunération, un double défi pour le droit des contrats », *AJ contrat* 2016, p. 79.

1. L’insuffisance du critère de la contrepartie convenue
2. Caractérisation de l’existence d’un avantage extérieur au contrat équivalent à celui fourni par le concédant

1. L’insuffisance du critère de la contrepartie convenue

368. L'analyse de la contrepartie ne peut permettre d'appréhender la diversité des avantages extérieurs au contrat que le concédant est susceptible d'attendre. Entendue restrictivement, la contrepartie est la prestation promise par le bénéficiaire dans le cadre du contrat. Le jeu de certaines règles pourrait apparaître comme permettant d’intégrer dans la notion de contrepartie des éléments plus variés. D’une part, la théorie de l’accessoire et celle des ensembles contractuels permettent de rattacher au contrat, et ainsi à la contrepartie convenue, des avantages extérieurs à l’acte. D’autre part, la qualification de contrepartie de la fourniture de données personnelles pourrait appréhender la plupart des hypothèses de « gratuité » intéressée sur internet.

369. Plan. Cependant, nous soutiendrons que ces règles trouvent chacune leur limite. Elles ne peuvent appréhender l’ensemble des avantages extérieurs au contrat qu’un concédant est susceptible de poursuivre. Les théories fondées sur la reconnaissance d’un lien entre plusieurs contrats (a) et la qualification de la fourniture de données personnelles de contrepartie (b), même appliquées concurremment, ne nous paraissent pas permettre de qualifier l’ensemble des actes de « gratuité » intéressée de contrats à titre onéreux.

a) Insuffisance des théories fondées sur la reconnaissance d’un lien entre plusieurs contrats

370. Plan. La règle de l’accessoire (i) et celle des ensembles contractuels (ii) permettent d’analyser un contrat au regard d’autres qui, conclus concomitamment, constituent une même opération économique. Elles ne peuvent, selon nous, appréhender l’avantage attendu par un concédant d’un contrat non encore conclu mais simplement espéré, ni plus généralement l'avantage résultant d'un ensemble de contrats afférents à un modèle économique.

i) Insuffisance de la règle de l’accessoire

371. La règle de l’accessoire permet de qualifier de contrepartie convenue certains avantages extérieurs au contrat. La règle de l’accessoire est celle par laquelle un élément,

l'accessoire, « *s'ajoute* » à un autre, le principal « *et lui est subordonné*[718] ». Il résulte de ce lien que « *L'accessoire seul est incomplet* », « *le principal sert de support à l'accessoire* », de sorte que « *Ce qui touche le principal touche aussi l'accessoire dans la mesure où il est atteint dans son support.* [719] » Certains arrêts[720] et auteurs[721] se sont fondés sur la théorie de l'accessoire pour qualifier un contrat dépourvu de contrepartie de contrat à titre onéreux. L'opération sans contrepartie est qualifiée d'accessoire du contrat à titre onéreux. Elle ne constitue pas un contrat indépendant mais un élément accessoire au contrat à titre onéreux[722]. Les obligations essentielles de l'opération sans contrepartie sont considérées comme étant issues du contrat à titre onéreux. Et la prestation « gratuite » de l'opération accessoire trouve sa contrepartie dans les prestations du contrat à titre onéreux. Par exemple, l'obligation de gardiennage que le garagiste souscrit sans contrepartie est qualifiée d'accessoire au contrat d'entreprise ayant pour objet la réparation du véhicule. Il en ressort qu'un seul contrat conclu entre le garagiste et son client donne naissance à l'obligation de réparation et à l'obligation de gardiennage et que le prix payé par le client constitue la contrepartie des deux. L'obligation de gardiennage n'est pas dépourvue de contrepartie.

372. La théorie de l'accessoire ne permet pas de qualifier de contrepartie convenue tous les types d'avantages extérieurs au contrat. La théorie de l'accessoire est mise en défaut lorsque le concédant attend un avantage d'un contrat conclu avec un tiers. L'opération sans

718 G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. Tallon, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, n^os^ 22-23. Ce lien d'accessoire à principal résulte notamment de « *L'affectation de l'accessoire au service du principal*. » (*ibid.*, n^o^ 19).

719 *Ibid*., n^o^ 24.

720 Civ. 1^re^, 8 juin 1999, n^o^ 97-15.969, *Bull. civ.* I, n^o^ 192 ; *D.* 2000. 423, note J. JULIEN (mise à disposition d'un logement accessoire à une convention de stage non rémunéré) ; Civ. 3^e^, 29 mars 1995, n^o^ 92-22.116, inédit (mise à disposition de chais accessoire à un contrat de dépôt d'eaux-de-vie rémunéré) ; TGI Paris, 26 mai 1985, *RTD civ.* 1984, p. 121, obs. P. RÉMY (mise à disposition par un garagiste d'une automobile en attendant la livraison d'une voiture neuve, accessoire de la vente de celle-ci).
Un ensemble d'arrêts énonce que le contrat de dépôt conclu « *auprès d'un garagiste, accessoire à un contrat d'entreprise* » est présumé avoir été conclu contre rémunération : Civ. 1^re^, 5 avril 2005, n^o^ 02-16.926, *Bull. civ.* I, n^o^ 165 ; *RTD com*. 2006, p. 185, obs. B. BOULOC ; *Contrats, conc., consom.* 2005. comm. 148, note L. LEVENEUR ; *RDC* 2005, p. 1029, obs. A. BÉNABENT ; *RDC* 2005, p. 1123, note P. PUIG ; Civ. 1^re^, 8 octobre 2009, n^o^ 08-20.048, *Bull. civ.* I, n^o^ 204 ; *D*. 2010. 480, note C. MOULY-GUILLEMAUD ; *Contrats, conc., consom.* 2010, comm. 1, obs. L. LEVENEUR ; *RLDC* décembre 2009, p. 10, chron. C. LE GALLOU ; *RDC* 2010, p. 95, obs. A. BÉNABENT. Ces arrêts n'indiquent pas clairement si la présomption est justifiée par la qualité de professionnel du cocontractant ou par la qualité d'accessoire à un contrat d'entreprise du contrat. En ce sens : A. BÉNABENT, obs. sous Civ. 1^re^, 5 avril 2005, *RDC* 2005, p. 1029, précitée ; J. HUET *et al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp n^o^ 690, n^o^ 33109. Voir aussi *infra*, n^o^ 756.

721 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e^ édition, LGDJ-Lextenso, 2021, n^o^ 422. *Adde*., G. CORNU, obs. sous CA Rennes, 19 décembre 1972, *RTD civ* 1973, p. 587 et obs. sous Com., 14 octobre 1974, *RTD civ.* 1975, p. 323.

722 P. PUIG, note sous Civ. 1^re^, 5 avril 2005, *RDC* 2005, p. 1123, critiquant en conséquence la qualification jurisprudentielle de dépôt onéreux. *Adde.* relativement au prêt, P. PUIG, note sous Com., 15 septembre 2009, n^o^ 08-16.504, *RDC* 2010, p. 141.

contrepartie ne peut être rattachée à un contrat auquel le bénéficiaire n'est pas partie. La théorie de l'accessoire ne peut pas davantage appréhender l'intégralité d'un modèle économique. Ainsi, dans le cas du journal financé par la publicité, le contrat conclu entre l'éditeur du journal et l'annonceur ne peut être considéré comme l'accessoire du contrat conclu entre l'éditeur et le lecteur. La théorie de l'accessoire ne permet donc pas d'exclure du champ de la gratuité toutes les opérations de « gratuité » intéressée.

ii) Insuffisance de la théorie des ensembles contractuels

373. Selon la théorie des ensembles contractuels, certains contrats n'ont pas de sens par eux-mêmes et ne peuvent être compris que par référence à une opération plus large dont ils constituent une partie. La théorie des ensembles contractuels est née dans la doctrine d'un constat d'une évolution dans la pratique des affaires : pour la réalisation d'opérations complexes, les parties délaissent la conclusion d'un contrat unique au profit de celle de plusieurs contrats spécialisés[723]. La réunion de ces contrats spécialisés est désignée par le terme d'ensemble contractuel. Les auteurs ont relevé que chacun des contrats ne pouvait être analysé qu'en considération de l'ensemble contractuel auquel ils appartenaient. Notamment, ils ont estimé que si l'un des contrats disparaissait, par exemple par annulation ou résolution demandées par une des parties, et qu'en conséquence l'opération complexe était vouée à l'échec, les parties pouvaient demander qu'il soit mis fin à l'ensemble des contrats. C'est la règle dite de la disparition en cascade des contrats. Elle a été adoptée par la Cour de cassation[724]. L'ordonnance de réforme du droit des contrats du 10 février 2016 n'a pas consacré la notion d'ensemble contractuel mais contient deux dispositions entérinant deux règles attachées à cette notion : la disparition en cascade des contrats, d'une part, et l'interprétation de chacun des contrats par référence aux autres contrats de l'ensemble, d'autre part[725].

723 Voir notamment : B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, préf. J.-M. Mousseron, LGDJ, 1975, n^{os} 174 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil : les obligations*, 13^{e} édition, Dalloz, 2022, n^{o} 118.

724 Voir par exemple : Civ. 1re, 4 avril 2006, n^{o} 02-18.277 ; *Bull. civ.* I, n^{o} 306 ; *D.* 2006, inf. rap. p. 1186, pan. p. 2641, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *ibid*. 2656, note R. BOFFA ; *Defrénois* 2006, p. 1194, note J.-L. AUBERT ; *RDC* 2006, p. 700, obs. D. MAZEAUD ; Com., 5 juin 2007, n^{o} 04-20.380, *Bull. civ.* IV, n^{o} 156 ; *Dr. & patr.* septembre 2007, p. 89, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; *RLDC* janvier 2008, p. 6, note N. MARTIAL-BRAZ ; *RTD civ*. 2007, p. 569, obs. B. FAGES.

725 Article 1186 nouveau alinéas 2 et 3 du code civil : « *Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. 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.* »

374. L'efficacité de la théorie des ensembles contractuels pour la qualification d'un contrat de « gratuité » intéressée de contrat à titre onéreux est incertaine et en toute hypothèse partielle. La théorie des ensembles contractuels postule que certains contrats ne s'analysent pertinemment que par le prisme de l'opération économique à laquelle ils concourent et qui les dépasse. De même, l'étude de la « gratuité » intéressée révèle que ces contrats sans contrepartie ne peuvent être compris que par référence à l'opération économique globale ou au modèle économique dans lequel ils s'insèrent. La théorie des ensembles contractuels paraît donc être un outil pertinent pour fonder la prise en compte de l'opération ou du modèle économique dans la qualification d'un contrat de contrat à titre gratuit ou de contrat à titre onéreux. Toutefois, cette utilisation de la théorie des ensembles contractuels se heurte, selon nous, à deux obstacles.

375. Plan. En premier lieu, il n'est pas certain que la reconnaissance d'un ensemble contractuel puisse produire des effets autres que son effet principal, la disparition en cascade, et en particulier qu'elle puisse jouer dans la qualification d'un contrat de contrat à titre gratuit ou de contrat à titre onéreux (1°). En second lieu, dans le cadre d'un marché biface par exemple, le recours à cette théorie nécessiterait de qualifier d'ensemble contractuel la totalité des contrats conclus et à conclure par l'exploitant sur les deux faces du marché. L'extension de la notion d'ensemble contractuel à un groupe constitué de contrats actuels et de contrats éventuels, ou de l'ensemble des contrats conclus par une personne dans le cadre d'une activité économique, est peu probable et serait inopportune. (2°).

1° Ensembles contractuels et qualification des contrats

376. Avant l'ordonnance de réforme du droit des contrats, certains arrêts se sont fondés sur la notion d'ensemble contractuel pour rechercher la cause d'un contrat dans les autres contrats de l'ensemble. Dans quelques arrêts, la Cour de cassation semble s'être fondée sur l'existence d'un ensemble contractuel pour juger que la cause d'un contrat dépourvu de contrepartie sérieuse pouvait être recherchée dans un autre contrat du même ensemble. La Cour de cassation a ainsi reproché à une cour d'appel d'avoir annulé une cession de bandes sonores réalisée pour un franc symbolique, sans rechercher si elle « *ne s'inscrivait pas dans le cadre d'une opération économique constituant un ensemble contractuel indivisible* » avec un contrat

Article 1189 alinéa 2 du code civil : « *Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci.* »

d'édition et un contrat d'adaptation audiovisuelle conclus l'année précédente[726]. Elle a donc laissé entendre que l'existence d'un ensemble contractuel permettrait d'exclure la nullité pour absence de cause. La Cour de cassation semblait ainsi indiquer que l'engagement peut trouver sa cause dans l'ensemble contractuel composé de contrats non concomitants, mais conclus entre les mêmes parties[727].

377. C'était, toujours avant l'ordonnance de réforme du droit des contrats, la position d'une partie de la doctrine. Selon certains, la théorie des ensembles contractuels ne devait pas être limitée aux disparitions en cascade de contrats, mais pouvait également produire des effets sur l'exception d'inexécution, l'interprétation des contrats, voire fonder la création de nouvelles obligations, ou l'extension de l'application de certaines clauses du contrat à un autre[728]. En particulier, des auteurs ont estimé que la cause des contrats constituant une partie d'un ensemble contractuel pouvait résider dans l'ensemble contractuel lui-même ou dans les autres contrats composant l'ensemble contractuel[729].

726 Civ. 1re, 13 juin 2006, nº 04-15.456, *Bull. civ.* I, nº 306 ; *D*. 2006 pan. 2642, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *ibid*., pan. 2991, obs. P. SIRINELLI ; *RTD com*. 2006, p. 593, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *D*. 2007. 277, note J. GHESTIN ; *RDC* 2007, p. 256, obs. D. MAZEAUD ; *Dr. & patr*. septembre 2007, p. 87, obs. P. STOFFEL-MUNCK.

727 Voir aussi : Civ. 3e, 3 septembre 1993, nº 91-15.613 ; *Bull. civ.* III, nº 28 ; *Defrénois* 1993, art. 35602 p. 927 note Y. DAGORNE-LABBE ; *RTD com*. 1993, p. 665, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *RTD civ.* 1994, p. 124 obs. P.-Y GAUTIER ; *JCP G* 1994. I. 3744, chron. M. FABRE-MAGNAN. Sur cet arrêt, voir *supra*, nº 197. Dans cette affaire, une société en difficulté avait cédé des locaux et du matériel, cependant que son actionnaire majoritaire avait vendu au cessionnaire un terrain pour un franc symbolique. La cour d'appel a retenu que la vente à un franc symbolique était valable au motif qu'elle ne pouvait « *être dissociée de celle des bâtiments et de la reprise des dettes de la société… l'ensemble concernant la vente de l'entreprise de briqueterie formant un tout indivisible* » et que le vendeur avait « *grand intérêt à sa réalisation, tant à titre personnel pour éviter les poursuites de ses créanciers, qu'à titre d'actionnaire de la société X... dont il détenait avec son épouse près de la moitié des parts sociales* ». La Cour de cassation a jugé que « *la cour d'appel a pu en déduire que dans le cadre de l'économie générale du contrat, la vente du terrain était causée et avait une contrepartie réelle* ». Les motifs de la cour d'appel font référence à un « *ensemble* » et à un « *tout indivisible* » constitué par la cession de l'entreprise par la société et la vente du terrain par son associé majoritaire. Mais la Cour de cassation se réfère plus généralement à « *l'économie générale du contrat* ». Et à supposer que l'existence d'un ensemble contractuel indivisible soit caractérisée, la cause de l'engagement de l'associé ne réside pas dans l'avantage reçu par la société dans la cession de l'entreprise, mais dans les relations qu'il entretient avec la société, et que la poursuite de l'activité de la société lui permettra de maintenir. Il est donc insuffisant de rechercher la cause dans l'ensemble contractuel. Voir aussi *supra*, nº 197.

728 Voir par exemple, relevant ces effets : S. PELLÉ, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, préf. J. Foyer et M.-L. Demeester, Dalloz, 2007, nos 404-405 et 516-551.

729 *Ibid.*, nos 381-383 ; J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, préf. M. Cabrillac, Litec, 1999, nº 293. Voir aussi : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, 6e édition, PUF, 2021, nº 631 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, 11e édition, Dalloz, 2013, nº 348 ; J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, nº 384. *Adde.* les notes sous l'arrêt rendu par la première chambre civile le 13 juin 2006, cité *supra*, nbp nº 726, spéc. *D*. 2007. 277, note J. GHESTIN ; *RDC* 2007, p. 256, obs. D. MAZEAUD ; *Dr. & patr*. septembre 2007, p. 87, obs. P. STOFFEL-MUNCK.

378. Par analogie, l'existence d'un ensemble contractuel pourrait être prise en compte dans la qualification d'un contrat de contrat à titre onéreux ou de contrat à titre gratuit. Lorsque le contrat sans contrepartie est intégré à un ensemble contractuel, l'avantage poursuivi par le concédant pourrait être recherché dans les autres contrats composant cet ensemble.

379. Mais il n'est pas certain que cette solution soit maintenue à la suite de l'ordonnance de réforme. La jurisprudence admettant la recherche de la cause au sein de l'ensemble contractuel n'a pas été reprise par l'ordonnance de réforme. Les nouveaux articles du code civil ne consacrent que deux effets attribués à la reconnaissance d'un ensemble contractuel : la disparition en cascade des contrats et leur interprétation par référence aux autres. Certains auteurs retiennent que la Cour de cassation maintiendra sa jurisprudence d'analyse de la cause par référence au contenu des ensembles contractuels[730]. Mais l'ordonnance de réforme pourrait avoir condamné cette jurisprudence, de sorte que la théorie des ensembles contractuels ne pourrait plus jouer dans la qualification d'un contrat de contrat à titre gratuit ou contrat à titre onéreux.

2° Ensembles contractuels et modèles économiques de la « gratuité » intéressée

380. De plus, à supposer que la théorie des ensembles contractuels joue toujours dans la qualification des contrats de contrat à titre gratuit ou de contrat à titre onéreux, la notion d'ensemble contractuel ne nous semble pas devoir être étendue à un groupe composé de l'ensemble des contrats, actuels, futurs ou éventuels, s'insérant dans un modèle économique reposant sur la « gratuité » intéressée.

381. La qualification d'ensemble contractuel emportant un effet radical, la caducité des contrats lors de la disparition d'un seul, elle ne doit pas être entendue largement. L'article 1186 alinéa 2 du code civil, qui consacre la règle de la disparition en cascade des contrats, définit son domaine comme celui d'une pluralité de contrats dont « *l'exécution* […] *est nécessaire à la réalisation d'une même opération* ». La doctrine estime que l'ensemble contractuel est constitué de la somme de contrats destinés à concourir à une même « *opération*

730 F. CHÉNEDÉ, « La cause est morte… vive la cause ? », *Contrats, conc., consom.* 2016, dossier 16, n° 6. Voir aussi, énonçant que la contrepartie au sens de l'article 1169 du code civil peut être interprétée suffisamment largement pour inclure l'ensemble des relations des parties : G. WICKER, « La suppression de la cause dans le projet d'ordonnance : la chose sans le mot » *D.* 2015. 1557, n° 13. Voir encore, jugeant que la règle selon laquelle les contrats de l'ensemble peuvent être interprétés les uns au regard des autres pourrait permettre à la Cour de cassation de maintenir l'ensemble des effets qu'elle attribuait à la qualification d'ensemble contractuel : P. CROCQ, « La codification incomplète de l'interdépendance des contrats », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 951, n° 16.

économique[731] ». S'ils étaient entendus largement, ces termes pourraient désigner l'ensemble des contrats s'inscrivant dans une même activité économique. Ils pourraient par exemple regrouper l'ensemble des contrats conclus dans le cadre de l'exploitation d'un marché biface.

382. Mais la catégorie ne saurait être démesurément étendue. D'une part, les auteurs précisent que les contrats ne peuvent être nécessaires à la réalisation d'une opération que lorsqu'ils sont indivisibles ou interdépendants[732]. D'autre part, ne constituent un ensemble contractuel que les contrats dont la disparition en cascade est justifiée. Cette disparition en cascade menace la sécurité juridique des contractants, et notamment de ceux qui ne sont pas partie à tous les contrats de l'ensemble, qui risquent de voir disparaître leur contrat en raison de la disparition d'un autre contrat auquel ils ne sont pas parties. Le champ d'application de la théorie des ensembles contractuels doit donc être strictement délimité[733].

383. Ni la notion d'ensemble contractuel ou d'indivisibilité ni son effet principal, la disparition en cascade, ne peuvent être appliqués à un groupe composé de contrats conclus et de contrats éventuels, espérés par l'une des parties. Par exemple, ils ne recouvrent pas le prêt à l'essai et la vente conclue à la suite de ce prêt, ou le prêt de caddie de supermarché et les achats réalisés par le client du supermarché. De plus, ils ne s'étendent pas aux situations dans lesquelles plusieurs prestations sans contrepartie sont financées par une pluralité d'autres contrats. Par exemple, ils ne sauraient s'appliquer au groupe composé par l'ensemble des contrats conclus par l'exploitant d'un marché biface.

384. Et dédoubler la notion d'ensemble contractuel en constituerait une complexification inopportune. Il serait envisageable de consacrer une nouvelle définition du terme d'ensemble contractuel, dédoublant ainsi la notion. La première définition, étroite, qui ne

731 Voir les définitions doctrinales de l'ensemble contractuel : « *une opération économique nécessite souvent plusieurs contrats… ces contrats constituent un "ensemble contractuel" en raison de leur finalité commune* » (P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12e édition, LGDJ-Lextenso, 2022, no 502) ; une « *pluralité de contrats conclus dans un même trait de temps pour construire une opération unitaire* » (A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19e édition, LGDJ-Lextenso, 2021, no 33) ; « *un phénomène d'imbrication des relations contractuelles se caractérisant par la participation de plusieurs contrats à la réalisation d'une même opération économique* » (S. PELLÉ, *La notion d'interdépendance contractuelle, op. cit.* nbp no 728, no 290) ; l'indivisibilité des contrats « *traduit l'indivisibilité de l'opération économique* » (J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques, op. cit*. nbp no 729, no 423).

732 Voir par exemple : B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats, op. cit.* nbp no 723, no 178 ; J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques, op. cit*. nbp no 729 ; S. PELLÉ, *La notion d'interdépendance contractuelle, op. cit.* nbp no 728 ; S. AMRANI-MEKKI, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Defrénois* 2002, art. 37505, p. 355.

733 Voir également, en ce sens : O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, 2e édition, LexisNexis, 2018, p. 400.

vise que les contrats interdépendants ou indivisibles permettant la réalisation d'une opération ponctuelle, serait conservée. Elle donnerait lieu, le cas échéant, à la disparition en cascade. Elle serait complétée par une seconde définition, large, qui comprendrait la totalité des contrats contribuant au succès d'un modèle économique. Elle justifierait que l'avantage poursuivi par une personne ayant concédé un avantage sans contrepartie dans le cadre d'un contrat soit recherché dans un autre pour exclure la qualification de contrat à titre gratuit. Cependant, un tel dédoublement obscurcirait considérablement la notion d'ensemble contractuel et menacerait sa cohérence interne. Il n'est pas opportun. La théorie des ensembles contractuels ne peut appréhender l'ensemble des hypothèses de « gratuité » intéressée. La qualification de la fourniture de données personnelles de contrepartie nous paraît toute aussi insuffisante.

b) Insuffisance de la recherche d'une contrepartie dans la fourniture de données personnelles

385. La qualification de contrepartie de l'autorisation d'exploiter des données personnelles est incertaine. Nous suggérons d'exclure la « gratuité » intéressée du champ de la gratuité. Dans cette perspective, la démarche la plus efficace serait de soutenir que l'autorisation donnée par les consommateurs à l'exploitation par leur cocontractant de leurs données personnelles constitue une contrepartie au sens de la définition du contrat à titre onéreux. En effet, la majorité des contrats de « gratuité » intéressée visés par notre étude sont des contrats de fourniture de biens et de service sur internet dans lesquels le consommateur consent à l'utilisation par le professionnel de ses données personnelles à des fins autres que celles nécessaires pour la fourniture des biens ou services. Et la plupart des modèles économiques de la « gratuité » intéressée repose, en tout ou partie, sur l'exploitation par le concédant de ces données personnelles. Ces données peuvent être consolidées dans un ensemble cédé à des tiers contre un prix, ou utilisées directement par le fournisseur de service, par exemple pour cibler la publicité présentée à l'utilisateur. Le sacrifice consistant pour ces sociétés dans la fourniture du service est compensé par l'intérêt extérieur à l'acte résident dans la collecte et l'exploitation de ces données. Dès lors, qualifier la fourniture de données personnelles de contrepartie permettrait de qualifier tous ces contrats de contrats à titre onéreux sans qu'il soit nécessaire de rechercher un avantage poursuivi par le concédant extérieur à l'acte.

386. La qualification de contrepartie des données personnelles est toutefois vivement débattue. Très schématiquement, s'opposent une vision dite « *personnaliste* » à une autre dite

« *patrimoniale*[734] ». Selon la première, les données personnelles constituent un attribut de la personne humaine qui doivent faire l'objet d'un droit à la protection de ces données. Elles ne peuvent être conçues comme une contrepartie que les consommateurs seraient susceptibles d'échanger contre un bien ou un service. Selon la seconde, la valeur patrimoniale que constitue l'exploitation des données personnelles par les prestataires de biens et services numériques doit être reconnue par leur qualification de contrepartie.

387. En droit positif et prospectif, la qualification de contrepartie a en premier lieu été affirmée par une proposition de directive du 9 décembre 2015 relative au contrat de fourniture de contenus numériques[735]. Cette directive définissait son champ d'application comme les contrats dans lesquels un fournisseur fournit au consommateur un contenu numérique « *en échange duquel un prix doit être acquitté ou une contrepartie non pécuniaire, sous la forme de données personnelles ou de toutes autres données*[736] ». Le Comité européen à la protection des données a pris le contrepied de cette position. Dans un avis rendu le 14 mars 2017, il s'est opposé à toute « *disposition qui introduirait l'idée que les personnes peuvent payer avec leurs données de la même manière qu'elles peuvent payer avec de l'argent* », dès lors que « *les données à caractère personnel ne peuvent être considérées comme des marchandises*[737] ».

388. En France, plusieurs instances, dans le cadre de la détermination du champ d'application du droit de la consommation, ont admis la qualification de contrepartie. Des décisions relatives à l'application du droit de la consommation au contrat conclu entre les fournisseurs de services et les utilisateurs sont dans le sens d'une qualification de contrepartie. La Commission des clauses abusives a ainsi énoncé clairement que « *les données, informations et contenus qu*[e le consommateur] *dépose, consciemment ou non, à l'occasion de l'utilisation du réseau social,*

734 Pour un rappel des termes du débat, voir par exemple : J. GHESTIN, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX et L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes*, Lextenso, 2018, n° 114 ; S. VERGNOLLE, *L'effectivité de la protection des personnes par le droit des données à caractère personnel*, préf. J. Passa, av.-prop. M.-L. Denis, Bruylant, 2022, n° 355 ; V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ?*, *op. cit.* nbp n° 715, p. 29 ; C. ROSSETTO, *Le service gratuit*, *op. cit.* nbp n° 704, n^{os} 326-352 ; J. ROCHFELD, « Le contrat de fourniture de contenus numériques : la reconnaissance de l'économie spécifique "contenus contre données" », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 15 ; P. PUCHERAL, N. ANCIAUX, M. BEHAR-TOUCHAIS, V.-L. BENABOU, N. MARTIAL-BRAZ, J. ROCHFELD, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, B. SCHULZ, J. SÉNÉCHAL et C. ZOLYNSKI, « Directive Contenus Numériques – Données », *Contrats, conc., consom.* 2017, dossier 4 ; J. ROCHFELD, « Contenus et services numériques contre données : la personne dans les nouveaux "échanges" », *in Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, Larcier, 2021, p. 559.

735 Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique COM(2015) 635 . Sur l'évolution en droit européen en général, voir J. SÉNÉCHAL, « Lutte contre les clauses abusives et protection des données à caractère personnel » *AJ contrat* 2019, p. 412.

736 Article 3.

737 Comité européen à la protection des données, avis 4/2017.

constituent une contrepartie qui s'analyse en une rémunération ou un prix, potentiellement valorisable par le professionnel[738] ». C'est également la position du tribunal de grande instance, devenu tribunal judiciaire, de Paris, lequel a jugé que « *la fourniture de données collectées gratuitement puis exploitées et valorisées par Twitter doit s'analyser en un « avantage » au sens de l'article 1107 du code civil, qui constitue la contrepartie de celui que Twitter procure à l'utilisateur*[739] ».

389. Le règlement général sur la protection des données (RGPD) s'éloigne de cette analyse[740]. Il a été décrit comme relevant d'une « *logique personnaliste* », consacrant le droit à la protection des données personnelles[741]. Ainsi, il conditionne la licéité de tout traitement de données personnelles[742], et consacre divers droits à l'information, à l'accès, à la rectification, à l'effacement des données[743].

390. Puis, la directive du 20 mai 2019[744], et l'ordonnance du 29 septembre 2021[745] qui la transpose en droit français, régissant les contrats relatifs à la fourniture de contenus numériques et aux services numériques, ont assimilé, dans la délimitation de leur champ d'application, la fourniture de données personnelles à un prix. Ces textes précisent que la réglementation s'applique aux contrats de fourniture de contenus et services numériques dans lesquels le consommateur fournit un prix ou des données personnelles[746]. La directive exclut l'hypothèse

738 Commission des clauses abusives, recommandation n° 2014-02, 7 novembre 2014, relative aux contrats proposés par les fournisseurs de réseaux sociaux ; *Comm. com. électr.* 2015, comm. 4, note G. LOISEAU ; *JCP E* 2015, n° 1136, note A.-L. FALKMAN ; *RDC* 2015 p. 496, note A. DEBET.

739 TGI Paris, 7 août 2018, n° 14/07300, *Twitter* ; *Dalloz IP/IT* 2019, p. 57, obs. D. FOREST ; *AJ contrat* 2018, p. 487, obs. L.-M. AUGAGNEUR ; *CCE* 2018, comm. 74, note G. LOISEAU ; *JCP E* 2018, p. 1046, note G. RAYMOND ; *D.* 2019. 607, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RLDI* octobre 2018, p. 53, obs. A. TOUATI et T. HA ; *RLDC* décembre 2018, p. 9, obs. S. HAGANI ; TGI Paris, 12 février 2019, n° 14/07224, *Google* ; *CCE* 2019, comm. 23, note G. LOISEAU ; *CCC* 2019, comm. 77, note S. BERNHEIM-DESVAUX ; *AJ contrat* 2019, p. 175, obs. L.-M. AUGAGNEUR ; *Dalloz IP/IT* 2019, p. 137, obs. C. CRICHTON ; *ibid.*, p. 258, obs. D. LEBEAU-MARIANNA et A. BALDUCCI.

740 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

741 S. BERNHEIM-DESVAUX, L. BAËTÉ, P. FOUCHER et P. GUILLERMIN, « Droit de la consommation et économie numérique », *Contrats, conc., consom.* 2020, dossier 17.

742 Article 6.

743 Chapitre III.

744 Directive 2019/770 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques.

745 Ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques a inséré dans le code de la consommation.

746 L'article 3 de la directive dispose que celle-ci s'applique à tout contrat par lequel « *le consommateur s'acquitte ou s'engage à s'acquitter d'un prix* » ou « *le consommateur fournit ou s'engage à fournir des données à caractère personnel au professionnel* ». L'article L. 111-1 du code de la consommation issu de l'ordonnance du 29 septembre 2021 dispose que le consommateur doit être informé, avant la conclusion du contrat sur « *Le prix ou tout autre avantage procuré au lieu ou en complément du paiement*

dans laquelle le professionnel collecte des données « *exclusivement pour fournir* » le contenu ou service « *ou à la seule fin de satisfaire à des exigences légales*[747] ». Mais l'ordonnance du 29 septembre 2021 a introduit dans le code de la consommation des dispositions prévoyant que le manquement aux obligations incombant au professionnel en matière de traitement des données personnelles au titre du RGPD constitue un défaut de conformité[748], ce qui pourrait laisser entendre que le traitement constitue un élément de la prestation fournie ou tout au moins une condition de sa sécurité. La directive précise qu'en cas de résolution du contrat de fourniture de contenu ou de service, le professionnel peut poursuivre l'exploitation des données personnelles[749]. Le code de la consommation contient la même règle au cas de rétractation du consommateur[750], contrairement à une contrepartie, qui, elle, devrait faire l'objet d'une restitution. Ces directives et ordonnances peuvent être comprises comme consacrant les données personnelles comme des contreparties[751].

391. Les récents règlements relatifs aux marchés numériques et aux services numériques ne se prononcent pas sur pas la question mais précisent que leurs dispositions s'inscrivent dans le respect de celles du RGPD[752]. Les nouveaux textes relevant de la stratégie européenne pour les

d'un prix ». L'article R. 211-5 du même code vise l'hypothèse dans laquelle « *cet avantage conduit le professionnel à traiter des données à caractère personnel du consommateur* ». Cette formulation peut être comprise comme une assimilation de l'autorisation d'exploiter les données personnelles, constituant l'avantage conduisant le professionnel à les traiter, à un prix. Cette interprétation est confirmée par le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance, lequel précise qu'elle « *est applicable à tout contrat à titre onéreux, y compris les contrats par lesquels le professionnel reçoit un avantage au lieu ou en complément d'un prix (par exemple, lorsque le professionnel procède à la valorisation des données à caractère personnel collectées auprès d'un consommateur usager d'un réseau social)* ». Voir aussi la directive 2019/2161 du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs, considérant n° 31. Sur ces textes : S. BERNHEIM-DESVAUX, « Réflexion autour de l'ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques », *Contrats, conc., consom.* 2021, comm. 174 ; G. LOISEAU, « L'ordonnance du 29 septembre 2021 : un texte fondateur d'un droit des contrats portant sur les biens et services numériques », *Comm. com. électr.* 2021, étude 21 ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Chronique de droit européen des contrats », *Contrats, conc., consom.* 2020, chron. 1 ; J.-D. PELLIER, « Regard sur la transposition de la directive Omnibus », *RDC* juin 2022, p. 95 ; H. AUBRY, É. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation », *D.* 2022. 574.

747 Article 3. Le considérant n° 25 exclut également l'hypothèse dans laquelle le professionnel se limite à collecter des cookies et celle dans laquelle le consommateur n'a pas conclu de contrat avec le professionnel mais est exposé à des annonces publicitaires pour accéder à un contenu ou service.

748 Articles L. 217-6 et L. 224-25-15 du code de la consommation.

749 Directive n° 2019/770, article 16.3 et considérant n° 69.

750 Articles L. 221-26-1 et L. 224-25-22 du code de la consommation.

751 D. STAUDENMAYER, « Les directives européennes sur les contrats numériques », *RDC* décembre 2019, p. 125.

752 Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques, Digital Markets Act, DMA) ; Règlement (UE)

données ne modifient pas substantiellement cette orientation. Le Data Governance Act, adopté en mai 2022, n'apporte pas de précision sur ce point[753]. La récente proposition de Data Act s'inscrit dans la ligne du RGPD en consacrant des droits pour les utilisateurs relatifs à leurs données[754].

392. À la supposer possible, la qualification de la fourniture de données personnelles de contrepartie ne permet pas de qualifier de contrats à titre onéreux l'ensemble des contrats de « gratuité » intéressée. Certes, cette qualification permet d'exclure du champ du contrat à titre gratuit la plupart des contrats intéressés conclus sur internet. À cet égard, elle appréhende une grande partie des hypothèses qui, selon nous, justifiaient une étude renouvelée de la gratuité et l'exclusion de la gratuité intéressée. Toutefois, nous avons relevé la diversité des modèles économiques de la gratuité. Par exemple, le modèle économique d'une plateforme mettant en relation des hôtels et clients potentiels peut reposer sur la valorisation des données personnelles des clients, mais également être indépendant de toute utilisation de ces données si le service fourni aux clients est financé par le prix payé par les hôtels. De même, un journal papier peut être financé par la seule publicité, à l'exclusion de toute collecte de données personnelles. L'avantage attendu par l'exploitant d'un supermarché qui prête un caddie sans contrepartie à ses clients ne réside pas dans la collecte de données personnelles mais dans les achats que les clients pourraient accomplir au supermarché. La qualification de ces opérations de contrat à titre onéreux nous paraît tout aussi nécessaire, peu important que le concédant exploite les données personnelles du bénéficiaire.

393. L'adoption de la conception bienfaisante de la gratuité permet, au contraire, de dépasser la controverse relative à la qualification de contrepartie de l'autorisation d'exploiter des données personnelles. Selon la conception bienfaisante de la gratuité, l'onérosité du contrat peut être recherchée dans l'intérêt attendu par le concédant d'un contrat conclu avec un tiers. Si l'on prend l'hypothèse du concédant qui exploite les données personnelles des usagers afin de vendre des espaces de publicité ciblée, l'intérêt poursuivi peut être trouvé dans les contrats conclus ou à conclure avec les tiers annonceurs. Cet intérêt ne se

2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques, Digital Services Act, DSA).

753 Règlement (UE) 2022/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance européenne des données et modifiant le règlement (UE) 2018/1724 (règlement sur la gouvernance des données, Data Governance Act).

754 Proposition de règlement COM(2022) 68 du Parlement européen et du Conseil fixant des règles harmonisées pour l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données (règlement sur les données, Data Act).

trouve ainsi pas dans les données personnelles ou l'autorisation de les exploiter mais dans les relations du concédant avec un tiers. L'appréhension des données personnelles comme contrepartie n'est donc pas nécessaire.

2. Caractérisation de l'existence d'un avantage extérieur au contrat équivalent à celui fourni par le concédant

394. Plan. L'avantage reçu ou attendu par le concédant doit être recherché dans une prestation (a) attendue d'actes conclus ou à conclure avec le bénéficiaire ou avec un tiers (b), qui procure au concédant un avantage objectivement ou subjectivement équivalent à la prestation fournie au bénéficiaire par le concédant (c).

a) Prestation

395. La satisfaction de contribuer à une œuvre ne constitue pas un avantage extérieur au contrat susceptible d'en emporter l'onérosité. Le simple plaisir de procurer un avantage à un proche, ami ou membre de la famille ne saurait fonder la qualification de contrat à titre onéreux. De même, l'espoir que se réalise l'œuvre à laquelle le concédant concourt et le contentement d'avoir contribué à cette réalisation ne disqualifient pas le contrat à titre gratuit[755]. L'affectation du bien donné à l'activité de la personne morale bénéficiaire, qui constitue une charge stipulée dans l'intérêt du gratifié, n'exclut pas la libéralité[756].

396. La seule satisfaction morale, d'honneur ou de vanité, poursuivie par le concédant ne constitue pas un avantage susceptible d'exclure la gratuité. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont été interprétés en ce sens que celle-ci excluait la gratuité d'actes translatifs consentis par un concédant animé par la poursuite d'un intérêt moral[757]. Ces arrêts ont néanmoins été rendus dans des affaires dans lesquelles le concédant avait exigé du bénéficiaire qu'il souscrive des obligations subjectivement équivalentes à sa propre prestation[758], ou retirait un avantage matériel précis de sa contribution à une œuvre[759]. Par exemple, a été écarté l'intention libérale de celui qui a contribué à la construction d'une rampe d'accès à une église dans la perspective d'augmenter la valeur de son bien, situé à proximité immédiate de

755 Voir *supra*, n^os^ 164-167.
756 Voir *supra*, n^o^ 334.
757 Voir *supra*, notamment n^os^ 77 et 168-172.
758 Voir par exemple : Req., 14 avril 1863, *Bardet*, *D.* 1863. 1. 402. Sur cette affaire, voir *supra*, n^o^ 169.
759 Voir par exemple : Civ., 19 juillet 1894, *Epoux Lapeyre c. Commune d'Urrugne*, *D.* 1895. 1. 125, *S.* 1894. 1. 430. Sur cette affaire, voir *supra*, n^o^ 169.

l'église[760]. La simple satisfaction morale, d'honneur ou de vanité n'exclut pas la gratuité. L'avantage doit résider dans une prestation attendue d'un acte conclu ou à conclure.

397. Mais lorsque le concédant attend, en conséquence de la notoriété acquise, un avantage extérieur à l'acte, cet avantage exclut la gratuité. Le concédant peut chercher à accroître sa notoriété dans la poursuite d'avantages matériels futurs. Lorsque les avantages résultant de la notoriété sont précisément identifiables et quantifiables, ils excluent la gratuité. Cette distinction permet la qualification de la philanthropie des sociétés, et tout particulièrement de celles qui exercent une activité économique connue du grand public.

398. Selon la doctrine, les dons aux œuvres philanthropiques des sociétés sont intéressés[761]. Les auteurs retiennent que « *la société poursuit un intérêt propre qui consiste en un "retour d'image"* » et qu'elle « *n'est donc pas dépourvue d'une arrière-pensée intéressée qui sert l'intérêt social*[762] ».

399. Le droit positif est plus nuancé. À notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur la qualification de contrat à titre gratuit des actes de philanthropie des sociétés au regard du droit civil[763]. Et le droit fiscal est ambivalent. D'une part, les frais de philanthropie ne sont pas déductibles pour la détermination de l'assiette de l'imposition ; ils

760 *Ibid.*

761 Leurs analyses portent plus précisément sur le mécénat, lequel ne recouvre qu'une partie des œuvres philanthropiques, celle du financement des activités artistiques et scientifiques (*TLFi*, V° Mécène : « *Personne fortunée qui, par souci de favoriser le développement des lettres, des arts et des sciences, aide ceux qui les cultivent en leur procurant des moyens financiers ou des travaux, éventuellement en instituant et finançant des prix.* »). Elles peuvent être étendues, par analogie, à l'ensemble des œuvres philanthropiques.

762 C. PRIETO, *La société contractante*, préf. J. Mestre, PUAM, 1994, n° 70-1. *Adde*., parmi d'autres : Y. GUYON, *Droit des affaires. Tome 1. Droit commercial général et sociétés*, 12e édition, Economica, 2003, n° 56 ; J. BOISSON, *Les libéralités à caractère collectif, op. cit.* nbp n° 662, n° 179 ; F. GRUA, *L'acte gratuit en droit commercial*, th. Paris I, 1978, n° 74. *Contra*, quoique peu clair, M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 35e édition, LexisNexis, 2022, n° 116. Voir aussi, en droit fiscal : P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, 21e édition, Dalloz, 2022-2023, n° 204. *Contra* : D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, 8e édition, Lextenso, 2017-2018, n° 575. *Adde*. J. FRADIN et J. GEFFROY, *Traité du droit fiscal de l'entreprise*, PUF, 2003, n° 254.

763 Voir aussi, en droit pénal : Crim., 5 mars 2014, n° 13-80.350, inédit ; *LPA* 25 juillet 2014, obs. S. COUCHOUX ; *Juris associations* 2014, n° 497, obs. X. DELSOL ; *Rev. sociétés* 2014, p. 588, obs. B. BOULOC ; *JCP E* 2015, n° 19, chron. F.-G. TRÉBULLE. Dans cette affaire, il était reproché à deux époux, respectivement président du conseil de surveillance et présidente du directoire d'une société gérant un supermarché, d'avoir consenti au nom de celle-ci des dons à une association historique italienne. La chambre de l'instruction avait rendu une décision de non-lieu en retenant, selon la Cour de cassation, que les sommes « *n'étaient pas disproportionnées au regard du chiffre d'affaires* » de la société et que les associations « *n'avaient pas été privilégiées, d'autres dons ayant été effectués à des tiers* ». La Cour de cassation a cassé cette décision pour insuffisance de motifs en relevant « *qu'est contraire à l'intérêt de la société qui exploite une surface commerciale la donation faite sans contrepartie à une association chargée d'effectuer des recherches historiques sur le nom de famille du dirigeant* ».

sont donc considérés comme n'étant pas exposés dans l'intérêt de l'entreprise[764]. D'autre part, il s'évince des critères de distinction entre parrainage et mécénat esquissés par l'administration fiscale que la qualification de mécénat requiert l'absence de contrepartie obtenue du prestataire, mais est compatible avec la mention par le bénéficiaire du nom du mécène[765]. Elle n'exclut pas que ce dernier ait pour seule finalité l'avantage économique que le renforcement de sa notoriété lui permettra d'atteindre. Toutefois, s'il était attendu du mécénat un avantage, celui-ci nous paraît plus indirect que celui poursuivi par les auteurs d'actes relevant des modèles économiques de la « gratuité » intéressée[766]. Il est virtuellement indiscernable de la seule satisfaction de donner à une œuvre philanthropique et de la perspective de l'honneur résultant de la publicité de son don[767]. Surtout, l'avantage procuré bénéficie, en l'espèce, à une œuvre philanthropique[768]. Le doute sur l'absence ou l'existence d'un motif égocentré[769] nous semble, en présence d'une situation permettant de présumer la gratuité philanthropique, profiter à l'absence d'un tel motif. Le mécénat relève donc, selon nous, de la gratuité bienfaisante.

b) Sources de l'avantage

400. Le concédant attend un avantage extérieur au contrat dépourvu de contrepartie. Le contrat est à titre onéreux lorsque l'avantage fourni sans contrepartie est compensé voire dépassé par un avantage attendu par le concédant dans un autre contrat. Le concédant poursuit son propre intérêt, mais celui-ci réside dans un contrat conclu ou qu'il espère conclure, avec le bénéficiaire ou avec un tiers[770].

401. L'avantage peut résulter d'un contrat conclu ou espéré avec le bénéficiaire. Le concédant peut conclure un contrat aux termes duquel il fournit une prestation sans contrepartie au bénéficiaire, en poursuivant un intérêt dans un autre contrat entre les mêmes parties conclu concomitamment ou espéré[771].

764 Les frais exposés dans l'intérêt de l'entreprise sont déductibles du résultat pour déterminer l'assiette de l'impôt sur les sociétés, alors que les frais qui ne sont pas exposés dans l'intérêt de l'entreprise ne sont pas déductibles (interprétation des articles 38-1 et 39 du code général des impôts : voir par exemple P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, *op. cit.* nbp n° 762, n° 52). Les dépenses de philanthropie ne sont pas déductibles du résultat mais donnent lieu à un crédit d'impôt (article 238 *bis* du Code général des impôts ; BOI-BIC-RICI-20-30-10 du 10 mai 2017).

765 BOI-BIC-RICI-20-30-10-20 du 8 juin 2022, n^{os} 150 s.

766 Sur ces modèles, voir *supra*, n^{os} 363-366.

767 Sur laquelle, voir *supra*, n^{os} 170-172.

768 Sur cette œuvre, voir *infra*, Chapitre second, Section II.

769 Sur ce doute, voir *supra*, n^{os} 117-119.

770 Voir, adoptant également cette distinction : C. ZOLYNSKI, « Propos introductifs : La gratuité en questions », *loc. cit.* nbp n° 707, p. XIII.

771 C'est l'hypothèse des subventions croisées directes : voir *supra*, n° 364.

402. Le concédant peut recevoir un avantage dans le cadre d'un contrat à titre onéreux conclu concomitamment au contrat sans contrepartie. Par exemple, un producteur de bière et un exploitant de bar peuvent conclure, d'une part, un contrat de distribution de bière à titre onéreux et, d'autre part, un contrat de mise à disposition de tireuses à bière sans contrepartie. Ou le garagiste peut prêter une automobile à un client pour la durée de la réparation. Il est alors certain qu'« *étant donné que les produits vendus et ceux soi-disant "offerts" ne sont pas séparables, la gratuité n'est qu'une façon de parler. Le prix global rémunère l'offre de toutes les composantes*[772]. »

403. C'est également le cas de ce qui est désigné par le code de la consommation sous le terme de crédit gratuit. Il ressort du code de la consommation qu'est considéré comme un crédit gratuit « *une opération* […] *pour laquelle ne sont pas requis d'intérêts ou d'autres frais* », notamment parce que l'établissement de crédit ou une personne tierce « *prend en charge le coût du crédit consenti gratuitement*[773] ». Le crédit gratuit peut être financé par le vendeur d'un bien[774]. Le vendeur, qui s'engage envers l'établissement de crédit afin que celui-ci fournisse un service sans contrepartie au consommateur, poursuit un intérêt dans le contrat conclu avec le consommateur, et plus précisément dans le prix payé par ce dernier. La qualification gratuite devrait donc être exclue.

404. Plus complexes sont les hypothèses dans lesquelles le contrat dans le cadre duquel le concédant attend un avantage n'est pas conclu concomitamment au contrat sans contrepartie, mais simplement espéré. Par exemple, une société exploitant un supermarché met à la disposition de ses clients un chariot ou une place de parking sans contrepartie. Les bénéficiaires de ces services ne s'engagent pas à réaliser des achats au supermarché. Mais la société espère que les ventes conclues avec certains lui procureront un profit compensant la valeur de ces services. Correspondent également à cette configuration la distribution d'objets promotionnels ou le prêt à l'essai. Le concédant n'est pas certain d'obtenir une contrepartie. Le contrat sans

772 H. BOUTHINON-DUMAS, « À la recherche d'un concept socio-économique de gratuité », *loc. cit.* nbp n° 713, p. 23.

773 Article L. 312-41 du code de la consommation : « *Toute publicité, quel qu'en soit le support, qui porte sur une opération de crédit dont la durée est supérieure à trois mois et pour laquelle ne sont pas requis d'intérêts ou d'autres frais, indique le montant de l'escompte sur le prix d'achat éventuellement consenti en cas de paiement comptant et précise qui prend en charge le coût du crédit consenti gratuitement*. »

774 Cette hypothèse est plus spécifiquement envisagée par l'article L. 312-42 du code de la consommation : « *Lorsqu'une opération de financement comporte une prise en charge totale ou partielle des frais, le vendeur ne peut demander à l'acheteur à crédit ou au locataire une somme d'argent supérieure au prix le plus bas effectivement pratiqué pour l'achat au comptant d'un article ou d'une prestation similaire, dans le même établissement de vente au détail, au cours des trente derniers jours précédant le début de la publicité ou de l'offre*. » Voir aussi en ce sens : J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE et M. DEPINCÉ, *Droit de la consommation*, 10e édition, Dalloz, 2022.

contrepartie permet toutefois de faciliter la conclusion du contrat à titre onéreux : « *sur une base statistique large, les entreprises anticipent que les échantillons gratuits leur feront gagner des clients*[775]. » Ainsi, le geste commercial est inspiré par l'espoir de fidéliser le client ou de d'éviter un litige en « *compens*[ant] *un incident survenu durant l'exécution du contrat*[776] ».

405. L'avantage peut résulter d'un contrat conclu ou espéré avec un tiers. Le concédant peut également attendre un avantage non du bénéficiaire, mais d'un tiers. Sont visés par exemple les modèles économiques de type marchés bifaces ou *freemiums*. L'exploitant d'un marché biface peut ainsi fournir des services ou des biens sans contrepartie sur une face du marché parce qu'il tire un avantage des rapports entretenus sur l'autre face. Par exemple, la plateforme d'intermédiation hôtelière peut permettre aux clients de consulter ses listes d'hôtels et de réserver sans contrepartie parce qu'elle reçoit un avantage des contrats qu'elle conclut avec les exploitants hôteliers. De même, la société exploitant un jeu sur le modèle *freemium* peut proposer à la majorité des utilisateurs de jouer sans contrepartie parce qu'elle reçoit un avantage du contrat qu'elle conclut avec les utilisateurs payants. De même, un établissement de crédit peut financer un crédit gratuit dans le but de « *développer sa part de marché dans un secteur d'activité particulier*[777] » et poursuive ainsi un intérêt dans des contrats espérés avec des tiers. La gratuité du crédit gratuit doit donc être écartée[778].

406. La « gratuité » intéressée résultant d'un avantage résidant dans un contrat conclu ou espéré avec un tiers se retrouve également dans des opérations ponctuelles. La jurisprudence en donne un exemple avec une affaire relative à la contribution d'un riverain à l'aménagement de la place de l'église. Cet aménagement avait pour effet d'augmenter la valeur des biens immobiliers du concédant. Le concédant n'était pas motivé par une intention de gratifier la commune et ses habitants, mais par la recherche d'une plus-value de son bien immobilier[779].

775 *Ibid*., p. 24

776 H. BARBIER, « Le statut juridique du geste commercial », *RTD civ.* 2019, p. 312.

777 J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Les nouveaux contentieux : le cas du crédit gratuit », *LPA* 31 mai 2019, p. 20.

778 Voir *contra* : N. KILGUS, « La gratuité en droit de la consommation : quelques réflexions sur la nature « onéreuse » du crédit », *AJ contrat* 2020, p. 465.

779 La Cour de cassation relève que la cession a été « *consentie principalement en vue d'avantages équivalents qu*[e le donateur] *attendait de la construction projetée, et, notamment, en perspective de la plus-value que devaient acquérir d'autres terrains lui appartenant* […] *la commune, en acceptant cette cession, a assumé des charges qui sont, pour le moins, équivalentes à la valeur de ce qu'elle a reçu* » : Civ., 19 juillet 1894, *Epoux Lapeyre c. Commune d'Urrugne*, *D.* 1895. 1. 125, *S.* 1894. 1. 430. Voir *supra* n° 169.

c) Équivalence de l'avantage

407. De même que la donation avec charge, le contrat dans lequel le concédant poursuit un avantage extérieur à l'acte d'une valeur objectivement et subjectivement inférieure à l'avantage consenti constitue un contrat à titre gratuit. Dans la donation avec charge, le concédant reçoit du bénéficiaire une contrepartie. Toutefois, celle-ci étant d'une valeur objectivement et subjectivement inférieure à celle de la prestation qu'il fournit, le contrat peut être qualifié de contrat à titre gratuit[780]. De même, lorsque le concédant poursuit un avantage extérieur à l'acte mais que celui-ci est subjectivement et objectivement déséquilibré par rapport à l'avantage consenti, le contrat peut être qualifié de contrat à titre gratuit.

408. Les avantages fiscaux auxquels donne lieu un transfert ne font pas obstacle à la qualification de contrat à titre gratuit s'ils sont objectivement et subjectivement déséquilibrés par rapport à la prestation du concédant. Le législateur, soucieux de favoriser les donations et notamment les dons aux œuvres d'intérêt général, a prévu divers dispositifs, crédits d'impôts ou abattements, constituant des avantages fiscaux au profit du concédant ou du bénéficiaire. Si l'avantage fiscal attaché à l'acte était objectivement et subjectivement équivalent à la prestation du concédant, l'acte constituerait un acte à titre onéreux. Mais ce n'est pas le cas des dispositions fiscales en vigueur. Dès lors qu'il y a déséquilibre objectif et subjectif entre l'avantage fiscal retiré de l'opération et la prestation fournie par le concédant, il peut y avoir contrat à titre gratuit[781].

---

780 Sur la donation avec charge, voir *supra*, n° 333.

781 Voir *contra*, qualifiant les libéralités ayant permis à leur auteur d'avantages fiscaux de « *libéralités avantageuses* » : J. BOISSON, *Les libéralités à caractère collectif*, *op. cit.* nbp n° 662, n^os^ 181-188. La Cour de cassation n'a pas tranché la question. Elle s'est prononcée sur une donation motivée par un avantage fiscal dans un arrêt du 11 février 1986 (Civ. 1re, 11 février 1986, n° 84-15.513, *Bull. civ.* I, n° 25). Dans cette affaire, deux époux avaient réalisé le 22 juillet 1981 une donation à trois de leurs enfants en espérant bénéficier d'un avantage fiscal. Cet avantage fût supprimé par une loi de finance rectificative en date du 3 août 1981, prenant effet rétroactivement au 9 juillet 1981. Les époux demandaient l'annulation de la donation pour absence de cause. Les juges du fond avaient fait droit à cette demande. Le ministère public avait fait appel de cette décision, invoquant la contrariété à l'ordre public et la fraude à la loi fiscale. La cour d'appel avait déclaré cet appel irrecevable. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, confirmant l'irrecevabilité de l'appel. Elle retient que la cour d'appel « *a justement énoncé que* [les] *juges n'avaient pas statué par une décision portant atteinte à l'ordre public en déclarant nulle pour absence de cause une donation-partage, acte purement privé intervenu entre personnes privées parce que l'application rétroactive d'une loi de finances promulguée postérieurement à l'acte avait eu pour conséquence que celui-ci ne se trouvait plus justifié par le mobile qui avait incité les parties à y recourir* ». Il résulte de cet arrêt que l'avantage fiscal constituait une cause suffisamment déterminante pour que sa disparition fonde l'annulation de la donation. Mais il ressort de l'admission de la révocation de la donation avec charge pour inexécution des charges (article 953 du code civil, voir *supra*, n° 252) que ces dernières peuvent également constituer un élément déterminant de la volonté du donateur, sans pour autant exclure la gratuité. L'avantage extérieur au contrat, notamment fiscal, peut donc constituer un élément déterminant de la volonté du concédant propre à fonder l'annulation du contrat, san exclure sa qualification de contrat à titre gratuit.

409. Conclusion du chapitre premier. L'avantage volontairement consenti est au contrat à titre gratuit ce que l'élément matériel est à la donation. Avec l'intention bienfaisante, il permet sa qualification. Il résulte d'un avantage procuré par le concédant au bénéficiaire, et de l'absence d'avantage objectivement et subjectivement équivalent retiré par le concédant.

410. L'avantage consenti n'est pas caractérisé lorsque le concédant reçoit une contrepartie du bénéficiaire. Sur ce point, les analyses de la doctrine majoritaire peuvent être adoptées. Seules quelques précisions doivent être apportées : l'affectation d'un bien à l'œuvre philanthropique menée par le bénéficiaire ne constitue pas une contrepartie susceptible d'écarter la gratuité de l'acte ; l'indemnisation de dépenses ou de pertes prévues lors de la conclusion du contrat constitue un avantage reçu par le concédant, lequel est susceptible d'emporter la qualification de contrat à titre onéreux s'il est subjectivement et objectivement équivalent à l'avantage procuré par le concédant ; il faut admettre l'existence de contrats de services gratuits avec charge, et notamment reconnaître qu'un contrat peut être qualifié de prêt à usage dès lors que les prestations de l'emprunteur ont une valeur subjectivement et objectivement inférieure à celle de l'usage du bien.

411. Il faut dépasser la conception abstraite de la gratuité pour considérer que l'élément matériel n'est pas caractérisé lorsque le concédant reçoit ou attend un avantage extérieur à l'acte, peu important que celui-ci ne constitue pas une contrepartie prévue par le contrat à la charge du bénéficiaire. La « gratuité » intéressée peut s'inscrire dans une opération ponctuelle ou au contraire dans un modèle économique. En raison de leur diversité, ces intérêts ne peuvent être tous rattachés à la contrepartie convenue. Ni les théories de l'accessoire et des ensembles contractuels, ni la qualification de la fourniture de données personnelles de contrepartie ne suffit à appréhender l'ensemble des intérêts poursuivis par le concédant. L'avantage attendu par le concédant peut prendre la forme d'une prestation actuelle, future ou hypothétique, provenant du bénéficiaire de l'avantage procuré par le concédant ou d'un tiers.

412. Le constat d'un avantage volontairement consenti caractérise un contrat désintéressé. Deux analyses en sont possibles. Soit des éléments objectifs permettent de constater la présence de l'élément moral, l'intention bienfaisante. L'engagement du concédant est intelligible et le contrat désintéressé peut être qualifié de contrat à titre gratuit. Soit aucun élément ne permet de supposer l'existence d'une intention bienfaisante. L'engagement du concédant n'est pas intelligible. Le contrat, qualifié de contrat à titre onéreux, est nul faute de contrepartie. C'est dire si la caractérisation d'une intention bienfaisante est déterminante.

CHAPITRE SECOND
L’INTENTION BIENFAISANTE

413. Notre défense de la conception bienfaisante de la gratuité doit s’accompagner de la précision de ses critères de qualification, et notamment de l’intention bienfaisante. Nous préconisons l’adoption de la conception bienfaisante de la gratuité, selon laquelle seuls les actes inspirés par une intention bienfaisante relèvent de la gratuité. Cette conception nous paraît mieux correspondre à la symbolique afférente au terme gratuité, lequel est rattaché à la grâce, au désintéressement et donc à la bienfaisance. De plus, elle exclut les actes intéressés du régime des contrats à titre gratuit qui ne leur est pas adapté.

414. La conception bienfaisante de la gratuité est critiquée en ce qu’elle donnerait naissance à un risque d'insécurité juridique en supposant une recherche de la psychologie du concédant, qui peut apparaître comme laissant libre cours à la subjectivité du juge. Dans cette perspective, il convient de mieux cerner la gratuité en proposant des critères permettant d’identifier l'intention bienfaisante. Plus précisément, nous recherchons des éléments objectifs permettant de présumer, en présence d’un avantage volontairement fourni par une partie à l’autre, que cet avantage est motivé par l’intention bienfaisante. Il s'agit désormais de vérifier si ces critères sont opérants.

415. Deux éléments nous ont paru présumer l'intention bienfaisante : il s'agit de l'existence d'une relation d'affection, d'une part, et de l'œuvre philanthropique, d'autre part. L’intention bienfaisante constitue un motif subjectif et inaccessible. Toutefois, elle nous paraît pouvoir être présumée dans deux types de situation : lorsque le concédant et le bénéficiaire sont liés par une relation d’affection et lorsque l’avantage profite à une œuvre philanthropique. En d'autres termes, lorsqu'une personne fournit à une autre un avantage dépourvu de contrepartie équivalente, sans rechercher d'intérêt extérieur à l'acte, il peut être supposé que cet avantage est motivé par une intention bienfaisante en présence d'une relation d'affection ou d'une affectation à une œuvre philanthropique.

416. La précision de ces critères donne lieu à plusieurs difficultés. D'une part, aucun de ces critères ne fait appel à de véritables notions existant en droit positif. La relation d'affection apparaît certes dans certains textes, ceux relatifs aux personnes auxquelles une personne est

autorisée à consentir un don d'organes par exemple[782]. De même, l'œuvre philanthropique se retrouve dans diverses notions du droit civil et du droit fiscal, notamment à travers des groupements tels que l'association reconnue d'utilité publique ou la fondation[783]. Il n'y a cependant pas, à proprement parler, de catégorie qui constituerait une systématisation de ces notions. Il s'agit dès lors de déterminer comment les exploiter pour servir notre propos. L'élaboration d'une vision systématique qui serait susceptible d'être étendue dans chacun des droits auxquels il est fait appel dépasse le cadre du présent travail. Par exemple, nous nous inspirerons du droit fiscal des organismes à but non lucratif sans en proposer d'analyse exhaustive.

417. Plan. L'engagement désintéressé du concédant est intelligible lorsqu'existe une relation d'affection entre le concédant et le bénéficiaire (section I), ou lorsque l'avantage est affecté à une œuvre philanthropique (section II).

Section I
La relation d'affection
Section II
L'œuvre philanthropique

SECTION I
LA RELATION D'AFFECTION

418. La relation d'affection est le lien entre deux personnes physiques traduisant un attachement intime, durable et mutuel entre ces deux personnes[784]. Elle peut notamment prendre la forme de liens familiaux ou amicaux.

419. Lorsqu'une des parties au contrat est une personne morale, la relation d'affection doit être recherchée entre le cocontractant personne physique et les membres personnes physiques de la personne morale. Seules des personnes physiques peuvent entretenir une relation d'affection. Les personnes morales, entités abstraites, ne peuvent ressentir ni inspirer les sentiments d'affection propres à laisser présumer l'intention bienfaisante d'une personne à

782 Voir *infra*, n° 424.
783 Voir *infra*, n^os^ 507-509 et
784 *TLFi*, V° Relation B, 1, a : « *Rapport qui lie des personnes entre elles, en partic*[ulier], *lien de dépendance, d'interdépendance ou d'influence réciproque* ». *Ibid.*, V° Affection, II, A : « *Attachement intime et durable qu'une personne éprouve pour une autre personne* ».

l'égard d'une autre. Aucune relation d'affection à laquelle serait partie une personne morale ne peut rendre un acte désintéressé intelligible.

420. Mais rien n'exclut les actes accomplis par les personnes morales du contrôle de l'intelligibilité des engagements. Ils relèvent des qualifications de contrat à titre gratuit et de contrat à titre onéreux. Lorsqu'une personne morale conclut un acte désintéressé, il est nécessaire de rechercher des éléments objectifs extérieurs à l'acte rendant intelligibles ses engagements.

421. Il est donc nécessaire de rechercher ailleurs la relation d'affection rendant intelligibles les engagements du contrat désintéressé conclu par la personne morale. Cette relation d'affection sera celle entretenue par les personnes physiques concernées par les actes de la personne morale, qui peuvent être appelées concédant et bénéficiaire effectifs. Pour la société, il s'agit de ses associés. En d'autres termes, l'engagement de la société concédante et envers la société bénéficiaire est rendu intelligible par l'existence d'une relation d'affection entre les associés personnes physiques et le cocontractant personne physique[785].

422. Plan. La relation d'affection s'entend, entre personnes physiques, d'une relation familiale ou amicale (§1.). Lorsque l'une des parties est une personne morale, l'existence d'une telle relation peut être recherchée entre ses membres personnes physiques, concédant et bénéficiaire effectifs, d'une part, et la personne physique cocontractante, d'autre part (§2.).

§1. La relation d'affection
§2.

§1. LA RELATION D'AFFECTION ENTRE PERSONNES PHYSIQUES

423. La bienfaisance peut ressortir de l'existence d'une relation d'affection. Un certain nombre d'auteurs émettent l'idée selon laquelle les personnes sont susceptibles d'être animées par une intention bienfaisante à l'égard de ceux avec lesquels elles entretiennent une relation d'affection[786]. Un auteur retient ainsi que la cause de la libéralité se situe dans un fait ou dans

785 Pour faciliter la lecture, nous étudierons l'hypothèse dans laquelle le contrat est conclu entre une personne physique et une personne morale. Mais l'ensemble des développements est applicable au contrat conclu entre deux personnes morales *mutatis mutandis*. La relation d'affection devra être recherchée entre les personnes physiques concédantes effectives et les personnes physiques bénéficiaires effectives. Pour les sociétés, il s'agira de leurs associés.

786 Voir *supra*, nº 139.

une situation du gratifié[787]. Cette affirmation se vérifie en droit positif. La relation d'affection est facilement appréhendée dans les liens familiaux, lesquels reçoivent une définition en droit positif. Mais elle est également caractérisée dans des liens amicaux non familiaux. Une pluralité d'éléments objectifs constitue un faisceau d'indices de l'existence d'une relation affective stable.

424. La relation d'affection peut résulter d'un lien familial. L'existence d'un lien familial constitue un indice puissant de l'existence d'une relation d'affection. Ainsi, la loi identifie les personnes dont un malade peut recevoir un don d'organes. La plupart des dons d'éléments et produits du corps humain sont anonymes. Le donneur est motivé par l'intention de contribuer à l'œuvre menée par le service public hospitalier. Toutefois, pour les dons d'organes, la loi autorise expressément une personne vivante à réaliser un don au profit d'un de ses proches[788]. Elle précise donc les relations susceptibles de constituer des relations d'affection telles qu'une des personnes souhaitera procéder à un don au bénéfice de l'autre. Une personne peut recevoir un don d'organes de ses parents, « *son conjoint, ses frères ou sœurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère* », et enfin de la personne qui se prévaut d'un « *lien affectif étroit et stable* » ou d'une « *vie commune* » depuis au moins deux ans. Et la jurisprudence relative à la qualification d'un acte de gratuit ou de bénévole révèle les relations susceptibles de laisser supposer l'existence d'une intention bienfaisante. La Cour de cassation retient ainsi que sont propres à établir l'intention libérale la relation d'époux ou de concubins, d'enfant et parent, ou celle entre une tante et un neveu[789]. De même, la convention d'assistance est caractérisée entre frères et sœurs[790].

425. Il résulte de la jurisprudence que l'indice constitué par l'existence d'un lien familial peut être conforté ou au contraire écarté par des éléments de fait révélant l'amitié ou l'inimitié entre

---

787 J. HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités*, th. Paris, 1920, p. 369-371. *Adde*. : J. CHAMPEAUX, *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, J. Buguet-Comptour, 1931, p. 64.

788 Article L. 1231-1 du code de la santé publique, alinéas 1 et 2. Le droit fiscal dresse également une liste de bénéficiaires potentiels. Il exonère de droits de mutation certains dons de sommes d'argent réalisés au bénéfice « *d'un enfant, d'un petit-enfant, d'un arrière-petit-enfant ou, à défaut d'une telle descendance, d'un neveu ou d'une nièce ou par représentation, d'un petit-neveu ou d'une petite-nièce* » (article 790 G du code général des impôts). Ces dispositions ont pour finalité d'encourager spécifiquement certains transferts, en l'espèce, les donations intergénérationnelles descendantes. Il ne rend pas compte de toutes les relations familiales permettant de présumer l'existence d'une intention bienfaisante.

789 Voir *supra*, n° 166.

790 La relation entre les parties apparaît déterminante lorsque le service rendu est conséquent et planifié à l'avance, par exemple lorsqu'il consiste en des travaux ou un déménagement. Elle l'est moins lorsque le service rendu est peu contraignant (par exemple, la réception d'un colis par un voisin), improvisé (par exemple, l'assistance du passant à une victime d'accident). Voir *supra*, n° 185.

les membres de la famille. La Cour de cassation mentionne ainsi le fait que les parties ont cohabité pendant plusieurs années, lequel est propre à établir l'intention libérale[791]. La mésentente entre le concédant et le bénéficiaire permet à l'inverse de l'écarter[792].

426. La relation d'affection peut également résulter d'un lien amical. L'amitié est moins facilement appréhendée par le droit[793]. Elle ne lui est pas pour autant inconnue. La jurisprudence reconnaît l'existence d'une convention d'assistance bénévole entre amis[794]. En matière de dons d'organes, la personne unie par un « *lien affectif étroit et stable* » ayant duré au moins deux ans visée par le code de la santé publique pourrait s'entendre de l'ami très proche[795]. La jurisprudence relative à la récusation des magistrats fournit des indices sur l'appréhension juridique de l'amitié[796]. Il a récemment été jugé que l'existence d'un lien sur un site de réseautage social ne suffit pas à caractériser l'amitié « *au sens traditionnel du terme*[797] ». De même, « *la seule circonstance que le plaideur et son juge aient été élèves de la même école, fût-ce Polytechnique* » ne suffit pas à fonder la récusation[798].

427. La relation entre deux personnes non apparentées peut être appréciée concrètement à partir d'éléments objectifs traduisant l'affection que porte le concédant au bénéficiaire. Ces indices peuvent ressortir de leur vie commune, de la fréquence de leurs rencontres ou des marques d'affection mutuelle qu'ils se sont témoignés. La recherche de la relation d'affection présumant l'intention bienfaisante prend évidemment un tour différent lorsque l'une des parties au moins est une personne morale.

---

791 Voir *supra*, n° 166.

792 Voir *supra*, n° 167.

793 C. ROCHAT, *L'amitié en droit privé*, préf. P. Bonfils et E. Putman, PUAM, 2019, n[os] 3-14 ; D. MAYER, « L'amitié », *JCP G 197*4. I. 2663.

794 Voir *supra*, n° 185.

795 En ce sens : J.-R. BINET, « Les prélèvements sur le corps humain dans l'intérêt d'autrui », *Dr. famille* 2018, étude, n° 13.

796 Article L. 111.-6 du code de l'organisation judiciaire : « *Sous réserve de dispositions particulières à certaines juridictions, la récusation d'un juge peut être demandée : 1° Si lui-même ou son conjoint a un intérêt personnel à la contestation ;* […] *8° S'il y a amitié ou inimitié notoire entre le juge et l'une des parties* […] ».

797 « *C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la pertinence des causes de récusation alléguées que la cour d'appel a retenu que le terme d' "ami" employé pour désigner les personnes qui acceptent d'entrer en contact par les réseaux sociaux ne renvoie pas à des relations d'amitié au sens traditionnel du terme et que l'existence de contacts entre ces différentes personnes par l'intermédiaire de ces réseaux ne suffit pas à caractériser une partialité particulière, le réseau social étant simplement un moyen de communication spécifique entre des personnes qui partagent les mêmes centres d'intérêt, et en l'espèce la même profession* » : Civ. 2[e], 5 janvier 2017, n° 16-12.394, *Bull. civ.* II, n° 3 ; *D.* 2017. 208, entretien P.-Y. GAUTIER ; *ibid*. 2390, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC et P. TRÉFIGNY ; *Dalloz IP/IT* 2017, p. 350, obs. G. DESGENS-PASANAU ; *Dr. famille* 2017, repère 2, note J.-R. BINET ; *Gaz. Pal*. 2 mai 2017, p. 65, note L. MAYER.

798 Civ. 2[e], 13 juillet 2005, n° 04-19.962, *Bull. civ.* II, n° 206 ; *D.* 2005. 2656, concl. R. KESSOUS.

§2. LA RELATION D'AFFECTION ENTRE PERSONNES MORALES

428. La question de la qualification de contrats à titre gratuit des actes accomplis par une personne morale, et tout particulièrement une société, peut paraître une question purement théorique. La plupart des contrats conclus par une personne morale sont motivés par l'obtention d'une contrepartie équivalente ou la poursuite d'un intérêt extérieur à l'acte. La personne morale « *est une entité non-humaine à laquelle l'ordre juridique octroie la qualité de sujet de droit et les attributs y afférents*[799] ». La personnalité morale de droit privé a d'abord été attribuée à des groupements de personnes se proposant de mener ensemble une activité : associés constituant une société pour encadrer juridiquement l'exercice d'une activité économique, une entreprise, travailleurs se regroupant au sein d'un syndicat pour défendre leurs intérêts communs, puis sociétaires fondant une association afin de mener une œuvre quelconque. Elle l'est désormais à des entités constituées par le « regroupement » d'une seule personne – les sociétés unipersonnelles – voire étant dépourvues de liens avec une personne – c'est le cas des fondations.

429. Les engagements souscrits par ou au bénéfice des personnes morales, et notamment des sociétés, sont motivés, dans leur majorité, par l'existence d'une contrepartie au profit du concédant ou la poursuite d'un intérêt extérieur à l'acte. De nombreux auteurs estiment que la « gratuité » des actes des sociétés dissimule toujours un intérêt[800]. Il est concevable qu'une société procure des avantages à une diversité de personnes, physiques et morales, tels que ses associés ou ses dirigeants, ses sociétés filiales ou mères, ou ses partenaires commerciaux. Cet avantage est fréquemment motivé par la poursuite d'un intérêt extérieur à l'acte. Il peut s'inscrire dans une logique de groupe, une société ayant intérêt à maintenir la bonne santé du groupe de sociétés auquel elle appartient, en tant que mère ou filiale. Le mécénat et les cadeaux promotionnels permettent d'améliorer l'image de marque. Les œuvres sociales au profit du

799 S. FRANÇOIS, *Le consentement de la personne morale*, préf. B. Fages, LGDJ, 2020, n° 20.

800 Voir par exemple : Y. GUYON, *Droit des affaires. Tome 1. Droit commercial général et sociétés*, 12e édition, Economica, 2003, n° 56 ; F. GRUA, *L'acte gratuit en droit commercial*, th. Paris, 1978, nos 3, 74 et 77 ; A. CONSTANTIN et D. GALLOIS-COCHET, « La gratuité en droit de l'entreprise », *in* N. MARTIAL-BRAZ et C. ZOLYNSKI (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, LGDJ, 2013, p. 215-222 ; J.-C. RODA, « Un paradoxe : la gratuité en droit des affaires ? », *in* V. ÉGÉA et E. PUTMAN (dir.), *La gratuité, actes du colloque tenu à l'université d'Aix-en-Provence le 8 mars 2013, RLDC* décembre 2013, p. 93 ; B. LECOURT, « La gratuité et le droit des affaires », *RTD com*. 2012, p. 455 ; C. GOYET, « La gratuité dans la promotion commerciale en droit pénal » *RTD com.* 1975, p. 34.

personnel augmentent la productivité des salariés et l'attractivité de l'entreprise. L'aide apportée à des partenaires économiques a pour but d'assurer de meilleurs revenus futurs[801].

430. Mais la pratique et la jurisprudence révèlent l'existence de contrats susceptibles d'être qualifiés de contrats à titre gratuit. Deux exemples sont caractéristiques. D'une part, une personne qui détient une partie de son patrimoine par l'intermédiaire d'une société peut souhaiter procurer un avantage à un proche directement, sans procéder au préalable à un partage partiel du patrimoine de la société. L'associé unique ou les associés de la société autoriseront en conséquence le dirigeant social à engager la société dans une donation au bénéfice de ce proche[802]. D'autre part, une personne physique peut avantager une société dans le but d'augmenter la valeur des parts détenues par ses associés personnes physiques. Une telle opération permet par exemple à un parent de compléter une donation antérieure ayant pour objet les titres sociaux : ayant préalablement consenti une donation de titres sociaux à ses enfants, il peut ainsi simplement augmenter la valeur de ces titres en enrichissant la société.

431. Dans plusieurs arrêts, notamment récents, la Cour de cassation a été invitée à se prononcer sur la qualification d'actes accomplis par une société ou au profit d'elle de contrat à titre gratuit. Sa jurisprudence ne nous paraît pas fixée sur ce point. La majorité des arrêts portent sur des affaires dans lesquelles la personne morale est bénéficiaire. Ils répondent à la question de savoir s'il existe une donation indirecte entre la personne physique concédante et les associés de la personne morale bénéficiaire. En particulier, ils soulèvent la question de la soumission de cette donation au rapport à la succession du donateur par ces associés[803]. La Cour de cassation a rendu, sur ce point, des arrêts difficiles à concilier[804]. Certains arrêts admettent l'existence d'une donation indirecte rapportable entre les personnes physiques, réalisée grâce à

801 Pour tous ces exemples, voir : Y. GUYON, *Droit commercial général et sociétés*, *op. cit.* nbp n° 800, n° 56 ; F. GRUA, *L'acte gratuit en droit commercial*, *op. cit*. nbp n° 800, n°s 8 et 74 ; B. LECOURT, « La gratuité et le droit des affaires », *loc. cit.* nbp n° 800 ; J.-M. MOULIN, « La société généreuse – Aspects de droit des sociétés », *in* Dossier « La société généreuse », *Journal des sociétés* mai 2012, p. 20.

802 Voir par exemple : M. DAGOT et C. MOULY, « L'usage personnel du crédit social et son abus (repenser la fonction des personnes morales) », *Rev. sociétés* 1988, p. 1, n°s 51-69. Pourtant, d'autres moyens permettent aux associés de mobiliser la valeur qu'ils ont investie dans la société : la donation des titres ou la constitution d'un usufruit, la donation des revenus, le nantissement des parts, ou, éventuellement, le rachat des parts ou actions par la société ou sa dissolution.

803 Sur le rapport, voir *supra*, n° 286.

804 Voir aussi, qualifiant une sûreté pour autrui constituée par une société, laquelle constitue un contrat désintéressé, d'acte à titre gratuit au sens des dispositions édictant les nullités de la période suspecte : Com., 4 novembre 1969, *Bull. civ*. IV, n° 324 (nantissement de parts sociales consenti par une société en garantie des dettes d'une autre société, partenaire commerciale). Sur cette règle, voir *supra*, n° 179.

« *l'interposition d'une société* » ou « *via* » la personne morale[805]. D'autres décisions retiennent qu'aucune donation indirecte ne peut pas être caractérisée entre les personnes physiques concernées. L'une énonce ainsi que la société est « *la seule bénéficiaire de la donation*[806] ».

432. En ce qui concerne la question de savoir si l'avantage consenti par une société peut être qualifié de contrat à titre gratuit, la Cour de cassation a admis l'existence d'une donation indirecte concédée par une société[807]. Il a été rendu en matière fiscale[808]. Et il n'érige pas en condition de la qualification qu'existe une relation d'affection entre les associés de la société et le bénéficiaire personne physique.

433. Retenir la qualification de contrat à titre gratuit irait, *a priori*, à l'encontre de la conception bienfaisante de la gratuité que nous défendons. La conception bienfaisante de la gratuité suppose que seuls les actes animés par une intention bienfaisante, l'intention de préférer autrui à soi-même, constituent des contrats à titre gratuit. Or, une telle intention est réservée à une personne humaine. Une personne morale ne peut être animée par une telle intention. Corrélativement, la plupart des personnes morales, et notamment les sociétés, ne peuvent susciter chez une personne humaine une intention bienfaisante. Le constat de l'existence de contrats à titre gratuits conclus par les sociétés est, dès lors, susceptible de mettre en échec la conception bienfaisante de la gratuité.

434. Cette difficulté pourrait être contournée facilement par l'affirmation que des règles propres au droit des personnes morales leur interdisent d'accomplir de tels actes. La possibilité pour les personnes morales de consentir et de bénéficier de contrats à titre gratuit interroge. En effet, les personnes morales constituent des fictions juridiques créées pour des finalités précisément identifiées par leurs statuts et, pour certaines, par la loi. Par exemple et par excellence, la société tend à réaliser des bénéfices ou procurer des économies à ses associés. Elle n'a vocation ni à consentir, ni à recevoir des avantages gratuits. Des règles spécifiques aux personnes morales pourraient interdire l'accomplissement de contrats à titre gratuit. Nous évoquerons ultérieurement les textes spéciaux limitant la capacité de recevoir de certaines associations[809]. Dans plusieurs arrêts rendus récemment, la Cour de cassation a admis que

805 Civ. 1re, 24 janvier 2018, nos 17-13.017 et 17-13.400, *Bull. civ.* I, no 10 ; *Dr. famille* 2018, comm. 102, comm. M. NICOD ; *JCP N* 2018, p. 1125, comm. V. ZALEWSKI-SICARD ; *AJ fam.* 2018, p. 188, obs. N. LEVILLAIN ; *RJPF* 2018/4, p. 40, obs. G. DROUOT. Voir aussi : Civ. 1re, 10 juillet 2013, no 11-28.124, inédit.

806 Com., 10 avril 2019, no 17-19.734, inédit. Voir aussi : Civ. 1re, 6 juillet 2011, no 10-23.211, inédit.

807 Com., 7 mai 2019, no 17-15.621, inédit.

808 Sur l'autonomie du droit fiscal et la relativisation, en conséquence, de la portée des solutions rendues en droit fiscal sur le droit civil : voir *supra*, no 11.

809 Voir *infra*, nos 494, 507, 510.

pouvaient être annulés les contrats conclus par une société si ceux-ci étaient contraires à l'intérêt social[810]. Plus généralement, la capacité des personnes morales pourrait exclure la validité de tels contrats[811].

435. Notre étude serait, évidemment, largement enrichie par l'analyse du droit fiscal et du droit pénal, et notamment de l'acte anormal de gestion et de l'abus de biens sociaux. Une telle démarche excède malheureusement le cadre de ce travail.

436. Plan. Il convient de cerner précisément le problème, et d'établir si les personnes morales sont susceptibles d'être parties à des contrats à titre gratuit valables (A.), avant de préciser l'application du critère de l'intention bienfaisante en présence d'une personne morale (B.).

A. La validité des contrats apparemment désintéressés conclus par une personne morale
B. La prise en compte de la relation entre les personnes physiques intéressées

A. LA VALIDITÉ DES CONTRATS APPAREMMENT DÉSINTÉRESSÉS CONCLUS PAR UNE PERSONNE MORALE

437. Plan. L'abandon de la limitation de la capacité des personnes morales aux actes utiles à la réalisation de leur objet social (1.) et la limitation de la nullité des actes contraires à l'objet social aux actes menaçant l'existence des sociétés (2.) nous paraissent établir la validité de l'acte désintéressé conclu par une personne morale.

1. Capacité
2. Intérêt social

1. Capacité de donner

438. La limitation de la capacité des personnes morales aux actes utiles à la réalisation de leur objet social aurait pu fonder la nullité des actes désintéressés consentis par les personnes morales. L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats avait introduit, à l'article 1145 du code civil, une disposition énonçant que « *La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles*. » Il résultait de cette règle qu'étaient nuls pour défaut de capacité de leur auteur les actes qui n'étaient pas utiles ou accessoires à la réalisation de l'objet de la personne

810 Voir *infra*, n° 444.
811 Voir *infra*, n^{os} 438-439.

morale. L'acte désintéressé concédé par une personne morale aurait pu être déclaré nul sur ce fondement[812]. Notons que cette règle de capacité n'aurait pas limité la capacité de recevoir : le fait de bénéficier d'un avantage gratuit facilite la réalisation par la personne morale de son objet social[813].

439. La capacité des personnes morales n'est pas limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet social. L'introduction de cette disposition nouvelle a été largement critiquée par la doctrine[814]. Le législateur l'a supprimée par la loi du 20 avril 2018 portant ratification de l'ordonnance[815]. L'article 1145 du code civil énonce désormais que « *La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles.* » Or, aucune disposition ne limite la capacité des sociétés[816]. Les règles applicables aux associations limitent la capacité de certaines de recevoir des donations, mais non d'en concéder, ni d'être partie à un contrat de service gratuit[817]. Le contrat désintéressé concédé par une personne morale ne peut donc, en principe, être annulé sur le fondement du défaut de capacité de celle-ci.

---

812 Mais les personnes morales sont capables de recevoir des libéralités, à tout le moins pures et simples, lesquelles accroissent leur faculté à mener leur activité, voir par exemple : A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, 4e édition, PUF, 2020, p. 334.

813 A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, 4e édition, PUF, 2020, p. 334. Sur la capacité de recevoir des associations, voir *infra*, nos 494, 507, 510.

814 S. FRANÇOIS, *Le consentement de la personne morale*, *op. cit.* nbp no 799, nos 537-538 ; A. LECOURT, « Incidences de la loi de ratification de l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations sur le droit des sociétés », *RTD com*. 2018, p. 365 ; A. TADROS, « La ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats : quelques incidences sur la pratique des affaires », *D.* 2018. 1162 ; G. CATTALANO-CLOAREC, « La validité du contrat », *AJ contrat* 2018, p. 257 ; J.-R. ANDRÉ, « Sociétés civiles et article 1145 du code civil : validité de la vente n'entrant pas dans l'objet social mais autorisée à l'unanimité des associés », *JCP N* 2017, p. 1316 ; A.-F. ZATTARA-GROS, « La nécessaire restriction du domaine du nouvel article 1145 sur la capacité des personnes morales », *JCP N* 2017, p. 1269 ; B. DONDERO, « Capacité et représentation des sociétés », *BJS* 2016, p. 510 ; D. GALLOIS-COCHET, « Réforme du droit des contrats et capacité des sociétés », *Dr. sociétés* 2016, comm. 142.

815 Article 6 de la loi no 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

816 Voir par exemple : B. SAINTOURENS, « Les aspects de droit des sociétés de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats », *BJS* 2018, p. 373 ; S. FRANÇOIS, *Le consentement de la personne morale*, *op. cit.* nbp no 799, no 541. Voir aussi, indiquant que la capacité des sociétés de recevoir des libéralités n'est pas limitée : E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1898, no 219 ; M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires. Tome 2. Les sociétés commerciales*, 23e édition, LGDJ, 2022, note 484 sous no 189.

817 Les associations ne peuvent, en principe, recevoir de libéralités. Mais toutes les associations simplement déclarées peuvent recevoir cotisations et dons manuels (article 6 alinéa 1er de la loi du 1er juillet 1901, en sa rédaction issue de l'article 16 de la loi no 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat). Les associations déclarées depuis au moins trois ans et poursuivant une finalité d'intérêt général listée par l'article 200, 1 du code général des impôts peuvent aussi recevoir les libéralités autres que les dons manuels (article 6 alinéa second de la loi du 1er juillet 1901, en sa rédaction issue de l'article 74 de la loi no 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire), de même que les associations reconnues d'utilité publique (article 11 alinéa 3 de la loi du 1er juillet 1901). Sur tous ces points, voir *infra*, nos 501-516.

2. Intérêt social

440. Certaines théories de l'intérêt social auraient pu fonder la nullité de l'acte désintéressé pour contrariété à l'intérêt social. Selon une conception de la société historiquement majoritaire, celle-ci a pour finalité la poursuite de l'intérêt commun des associés[818]. Selon une autre approche, la société a un intérêt propre, distinct de ceux des associés, mais librement défini par les associés[819]. Il résulte de ces conceptions que la société a pour finalité de procurer des avantages aux associés.

441. Dans cette perspective, la société doit pouvoir réaliser tout acte résultant du consentement unanime des associés, et en particulier tout acte avantageant un proche d'un des associés ou de tous les associés. Dès lors qu'un acte est dans l'intérêt commun des associés, ou tout du moins qu'il est intelligible que les associés l'aient voulu, il doit être considéré comme relevant de l'intérêt social.

442. Selon d'autres conceptions de la société, l'intérêt propre de la société est distinct de l'intérêt commun des associés et partiellement ou totalement défini par la loi. Autrement dit, les associés ne disposent pas d'une liberté pleine et entière pour délimiter les actes entrant dans l'intérêt de la société. *A minima*, la société ne pourrait conclure un acte qui menacerait son existence[820]. Plus restrictivement, la société aurait pour finalité légale de procurer des bénéfices aux associés ou de leur permettre de réaliser des économies, de sorte qu'elle ne pourrait conclure un acte qui n'aurait pas pour finalité de réaliser des bénéfices ou des économies[821]. Encore plus limitativement, l'intérêt social s'assimilerait à l'intérêt de l'entreprise et la société ne pourrait réaliser des actes qui n'entreraient pas dans l'intérêt de l'activité économique qu'elle mène[822]. *A maxima*, la détermination de l'intérêt social impliquerait une double composante :

---

818 Voir par exemple : D. SCHMIDT, « De l'intérêt social », *JCP E* 1995. I. 488 ; M. STORCK, « Sûreté accordée par une SCI : l'exigence de conformité à l'intérêt social », *Dr. sociétés* 2015, étude 2, n° 8. Rappelant ces arguments en matière de cautionnement spécifiquement sans y adhérer : D. PORACCHIA, note sous Civ. 3e, 12 septembre 2012, *BJS* 2012, p. 831 ; M. GERMAIN, « Sur une jurisprudence de l'intérêt social », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, LGDJ, 2014, p. 289.

819 D. SCHMIDT, « La loi Pacte et l'intérêt social », *D.* 2019. 633.

820 D. PORACCHIA, note sous Civ. 3e, 12 septembre 2012, *BJS* 2012, p. 831. Voir aussi : M. GERMAIN, « Sur une jurisprudence de l'intérêt social », *loc. cit.* nbp n° 818, n° 20.

821 H. HOVASSE, « Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social », *Dr. & patr.* avril 2001, p. 76 ; D. PORACCHIA, « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », *BJS* juin 2019, p. 40. Voir aussi, jugeant que l'associé qui, en tant que membre d'un organe social, se prêterait à un acte servant son intérêt personnel détournerait la société du but, d'un manque de « *bonne foi* », de « *cohérence* », ou d'un « *abus* » et considérant que la finalité de réalisation de bénéfices et d'économies pour les associés constitue une limitation de la capacité des sociétés : C. PRIETO, *La société contractante*, préf. J. Mestre, PUAM, 1994, nos 58-72, spéc. nos 58 et 59, 66 et 72.

822 M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956 ; J. PAILLUSSEAU, « La mutation de la notion de société et l'intérêt social », *Rev. sociétés* 2020, p. 523,

d'une part, celle de l'intérêt propre de la société et d'autre part, la prise en considération des conséquences sociales et environnementales de son activité.

443. Selon les conceptions les plus restrictives, la société ne pourrait réaliser des actes désintéressés. En particulier, elle ne pourrait accomplir des actes profitant aux proches de ses associés. Ces actes ne lui permettent pas de procurer des bénéfices aux associés ou de leur faire réaliser des économiques, ils n'entrent pas dans l'intérêt de l'entreprise et ne permettent pas à la société d'améliorer les conséquences sociales et environnementales de son activité. La société ne pourrait réaliser d'actes désintéressés, peu important qu'ils aient été décidés par l'unanimité des associés et que l'existence d'une relation d'affection entre les associés et le bénéficiaire rende intelligible cette décision unanime. Par exemple, la société civile immobilière constituée entre deux époux ne pourrait consentir de donation aux enfants de ces époux, peu important que cette donation soit votée à l'unanimité par les associés.

444. La Cour de cassation a limité la nullité pour contrariété à l'intérêt social aux contrats menaçant l'existence de la société. La Cour de cassation a rendu un ensemble d'arrêts par lesquels elle a retenu qu'étaient nulles les sûretés constituées par une société civile en garantie de la dette de tiers[823]. Il aurait pu résulter de cette jurisprudence que le contrat désintéressé concédé par la société est nul pour contrariété à l'intérêt social[824].

---

nº 22 ; J. PAILLUSSEAU, « Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ? » *D.* 2018. 1395. *Contra* : A. COURET, « La réforme de l'entreprise passe-t-elle nécessairement par une réécriture du code civil ? », *Rev. sociétés* 2018, p. 639, spéc. nº 19.

823 Voir par exemple : Civ. 3e, 12 septembre 2012, nº 11-17.948, *Bull. civ.* III, nº 121 ; *BJS* 2012, p. 831 note D. PORACCHIA ; *Dr. sociétés* 2012, comm. 178, comm. R. MORTIER ; *JCP E* 2012, nº 1777 obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Rev. sociétés* 2013, p. 16, note A. VIANDIER ; Com., 23 septembre 2014, nº 13-17.347, *Bull. civ*. IV, nº 142 ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 185, note H. HOVASSE ; *JCP E* 2014, n° 1651, chron. F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Droit bancaire* 2014, p. 197, note A. CERLES ; *D.* 2015. 140, note D. ROBINE ; *RTD com.* 2015, p. 123, note M.-H. MONSÈRIÉ-BON ; Com., 6 janvier 2021, nº 19-15.299, inédit ; *Gaz. Pal.* 15 juin 2021, p. 68, obs. C.-A. MICHEL ; *Dr. sociétés* 2021, comm. 47, comm. N. JULLIAN ; *Gaz. Pal*. 8 juin 2021, p. 70, obs. C. HOUIN-BRESSAND ; *BJS* mai 2021, p. 40, obs. J. CRASTRE. Et déjà, *a contrario* : Com., 28 mars 2000, nº 96-19.260, *Bull. civ*. IV, nº 69 ; *BJS* 2000, p. 501 note A. COURET ; *Rev. sociétés* 2000, p. 535, note Y. GUYON ; *RTD com.* 2000, p. 666, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; Com., 18 mars 2003, nº 00-20.041, *Bull. civ*. IV, nº 46 ; *D*. 2003. 975, obs. A. LIENHARD ; *D*. 2004, p. 271, obs. J.-C. HALLOUIN ; *Rev. sociétés* 2003, p. 500, note Y. GUYON, et 2004, p. 104, note D. RANDOUX ; *RTD com*. 2003, p. 739, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *BJS* 2003, p. 643, note J.-F. BARBIÈRI ; *Dr. banc. fin*. 2003, p. 141, obs. A. CERLES.

824 Sur les liens entre contrariété à l'intérêt social et absence de cause : P. DUPICHOT, « Derrière l'intérêt social de la SCI caution : La cause ? », *BJS* 2015, p. 260. *Adde*. J.-F. BARBIÈRI, « Capacité des sociétés à s'engager et utilitarisme », *BJS* 2016, p. 369 ; A. VIANDIER, obs. sous Com., 8 novembre 2011, nº 10-24.438, inédit, *Rev. sociétés* 2012, p. 238.

445. Mais il est impossible de conférer une telle portée à la jurisprudence. Certes, elle n'est pas aisée à synthétiser[825]. Mais il ressort des arrêts les plus récents que, dans les sociétés à responsabilité illimitée, sont contraires à l'intérêt social les sûretés pour autrui dont la société ne retire aucune contrepartie et qui menacent son existence[826]. Seuls les actes menaçant l'existence de la société sont contraires à l'intérêt social. N'est pas contraire à l'intérêt social le contrat dont la société ne retire aucun avantage, désintéressé, mais qui ne menace pas son existence[827]. De plus, la Cour de cassation a jugé que n'étaient pas soumis à cette nullité les contrats conclus par les sociétés à responsabilité limitée. Elle a retenu que cette nullité était incompatible avec la règle, spécifique à ces sociétés, selon laquelle la société est engagée par les actes de son dirigeant même lorsqu'ils n'entrent pas dans son objet social[828]. Enfin, la Cour de cassation a récemment laissé entendre que la nullité pour contrariété à l'intérêt social, pourrait s'étendre à un acte intéressé, en l'espèce un prêt souscrit par la société et l'hypothèque constituée en garantie[829]. La nullité pour contrariété à l'intérêt social ne constitue pas le fondement de la nullité des contrats désintéressés conclus par une société.

---

825 Pour des analyses, voir notamment, parmi de nombreux autres : M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires. Tome 2. Les sociétés commerciales*, 23e édition, LGDJ, 2022, no 68 ; R. DALMAU, « La nullité des sûretés consenties par les sociétés civiles en garantie des dettes d'autrui : un ouvrage encore sur le métier », *Rev. sociétés* 2018, p. 48, nos 17-24 ; E. SCHLUMBERGER, « Retour sur la jurisprudence relative aux garanties de la dette d'autrui octroyées par une société », *in Mélanges Henri Hovasse*, LexisNexis, 2016, p. 169 ; J. PAILLUSSEAU, « La mutation de la notion de société et l'intérêt social », *Rev. sociétés* 2020, p. 523.

826 Com., 8 novembre 2011, no 10-24.438, inédit ; Com., 23 septembre 2014, no 13-17.347, *Bull. civ*. IV, no 142, précité nbp no 823 ; Com., 6 janvier 2021, no 19-15.299, inédit, précité nbp no 823. Voir aussi : Com., 13 novembre 2007, no 06-15.826, inédit.
Voir aussi, synthétisant ainsi la jurisprudence : L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 13e éditions, LGDJ, 2019, no 218 ; N. RONTCHEVSKY, « Observations sur la nullité du contrat contraire à l'intérêt social », *in Mélanges en l'honneur de Jean-Patrice et Michel Storck*, Dalloz, 2021, p. 617, no 10 ; J. PAILLUSSEAU, « La mutation de la notion de société et l'intérêt social », *Rev. sociétés* 2020, p. 523, nos 19-21 ; R. DALMAU, note sous Civ. 3e, 21 décembre 2017, *Rev. sociétés* 2018, p. 727 ; E. SCHLUMBERGER, note sous Civ. 3e, 21 décembre 2017, *BJS* 2018, p. 286.

827 Voir ainsi : Civ. 3e, 21 décembre 2017, no 16-26.500, inédit ; *BJS* 2018, p. 286, obs. E. SCHLUMBERGER ; *Rev. sociétés* 2018, p. 727, note R. DALMAU.

828 Une directive européenne et le code de commerce disposent que ces sociétés sont engagées par les actes de leurs dirigeants même en dehors de leur objet social (articles 10 de la directive 2009/101/CE du 16 septembre 2009, L. 223-18 alinéa 5, L. 225-35 alinéa 2, L. 226-7 alinéa 2 du code de commerce). La Cour de cassation semble avoir interprété ces dispositions comme impliquant que les sociétés sont également engagées par les actes contraires à leur intérêt social. Elle a donc exclu l'application de la nullité pour contrariété à l'intérêt social aux sûretés pour autrui consenties par des sociétés à responsabilité limitée : Com., 12 mai 2015, nos 13-28.504 et 14-11.028, *Bull. civ*. I, no 429 ; *BJS* 2015, p. 650, note R. MORTIER ; *Dr. sociétés* 2015, comm. 147, comm. M. ROUSSILLE ; *JCP E* 2016, no 1036, chron. F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Rev. sociétés* 2015, p. 515, note A. VIANDIER ; Com., 19 septembre 2018, no 17-17.600, inédit ; Com., 16 octobre 2019, no 18-19.373, inédit ; *BJS* janvier 2020, p. 32, obs. C. PAGNUCCO ; *Rev. sociétés* 2020, p. 235, obs. R. DALMAU.

829 Civ. 3e, 11 janvier 2023, no 21-22.174, inédit ; *Dr. sociétés* 2023, comm. 31, comm. N. JULLIAN ; *D.* 2023. 627, obs. T. DE RAVEL D'ESCLAPON ; *JCP G* 2023, doctr. 465, no 22, chron. P. SIMLER et P. DELEBECQUE. La Cour de cassation casse l'arrêt ayant rejeté la demande tendant à l'annulation « *du prêt et de tous les*

446. Le législateur, qui s'est saisi de la question de l'intérêt social dans la loi Pacte, n'a pas infirmé cette jurisprudence, ni n'a précisé ou élargi le critère de la contrariété à l'intérêt social. La loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi Pacte[830] a ajouté à l'article 1833 du code civil, qui énonce que la société est « *constituée dans l'intérêt commun des associés* », un second alinéa, lequel dispose que « *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». Toutefois, l'article 1844-10 du code civil, tel que modifié par la loi Pacte, indique désormais que la nullité des actes et décisions de la société ne peut être prononcée sur le fondement d'une violation de ce second alinéa. L'étude d'impact indique que la loi Pacte a « *consacr*[é] *la notion jurisprudentielle d'intérêt social*[831] ».

447. La loi Pacte n'a pas consacré la nullité pour contrariété à l'intérêt social. Elle ne semble pas davantage avoir élargi la notion d'intérêt social. Certes, il semble résulter de l'articulation entre les deux alinéas de l'article 1833 que l'intérêt social est distinct de l'intérêt commun des associés : le premier est déterminant dans la gestion de la société, le second dans sa constitution seulement[832]. Les associés demeurent néanmoins libres de déterminer l'intérêt social[833]. Tout au plus, il résulterait de la volonté du législateur de confirmer la jurisprudence que les associés ne pourraient décider qu'entre dans l'intérêt social de la société un acte qui menace son existence sans qu'elle en retire un avantage[834]. La loi Pacte n'a donc pas modifié l'état du

actes subséquents, notamment de l'inscription d'hypothèque », reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si « *le prêt souscrit n'était pas contraire à l'intérêt social de la SCI, eu égard au montant de l'emprunt et à l'inscription hypothécaire prise sur son seul immeuble* ». Il en ressort que ce moyen, à le supposer fonder, était opérant, de sorte qu'un prêt peut, eu égard à son montant et à celui de l'inscription hypothécaire prise en garantie, être contraire à l'intérêt social de l'emprunteur.

830 Loi nº 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

831 Étude d'impact du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, 18 juin 2018.

832 Voir par exemple : A. COURET, « La réforme de l'entreprise passe-t-elle nécessairement par une réécriture du code civil ? », *Revue des sociétés* 2018, p. 639, nº 12 ; H. LE NABASQUE, « Propos introductifs au dossier Loi PACTE et droit des sociétés », *BJS* juin 2019, p. 33.

833 D. SCHMIDT, « La loi Pacte et l'intérêt social », *loc. cit.* nbp nº 819. Voir aussi, retetenant que « *l'État demande ici aux sociétés d'être vertueuses, les appelle "à faire le bien et à être vertes"* » : M. TIREL, « Le nouvel intérêt social, un changement de modèle normatif », *in* Dossier « Principe de précaution », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2020, p. 537.

834 Voir *contra*, jugeant que la loi nouvelle n'a pas créé de fondement pour la jurisprudence, l'alinéa second ne s'appliquant pas aux contrats autorisés par l'assemblée des associés : M. BUCHBERGER, « Pour un abandon de l'intérêt social comme condition de validité des contrats conclus par la société », *Rev. sociétés* 2020, p. 659, nº 8 ; D. SCHMIDT, « La loi Pacte et l'intérêt social », *loc. cit.* nbp nº 819 ; J.-F. BARBIÈRI, « Les garanties accordées par une société, dans la tourmente prétorienne (et légale ?) », *in Mélanges en l'honneur d'Alain Couret*, Dalloz, 2020, p. 102, spéc. nº 8.

droit[835]. Elle n'a pas consacré la nullité du contrat désintéressé conclu par une société pour contrariété à l'intérêt social.

448. L'ordonnance de réforme du droit des sûretés du 15 septembre 2021 n'a pas davantage élargi le champ de la nullité pour contrariété à l'intérêt social. L'ordonnance de réforme du droit des sûretés ne contient aucune disposition relative aux sûretés consenties par les sociétés[836]. Cette ordonnance n'a pas modifié l'état du droit positif, dont il ressort que seul le contrat menaçant l'existence de la société est contraire à l'intérêt social. Le contrat désintéressé conclu par une société pourrait être valable. Les règles propres aux personnes morales, et spécifiquement à la société, ne nous semblent pas leur interdire la conclusion de contrats à titre gratuit. La compatibilité de ces contrats à titre gratuit avec la conception bienfaisante de la gratuité doit dès lors être examinée.

B. LA PRISE EN COMPTE DE LA RELATION ENTRE LES PERSONNES PHYSIQUES INTÉRESSÉES

449. L'existence de contrats à titre gratuit conclus par des personnes morales doit conduire à préciser la conception bienfaisante de la gratuité. Selon nous, l'intention bienfaisante, critère du contrat à titre gratuit, est présumée lorsqu'existe une relation d'affection entre les parties. Or, les personnes morales ne peuvent entretenir entre elles ou avec une personne physique une relation d'affection susceptibles de faire présumer une intention bienfaisante. Les indices objectifs de l'intention bienfaisante doivent être recherchés ailleurs. Il nous apparaît qu'ils ne sont apparents que dans les relations entretenues par les personnes physiques intéressées par l'opération, c'est-à-dire les personnes physiques éventuellement parties, et les membres des personnes morales qui bénéficieront ou s'appauvriront du fait de l'opération. Ce sont donc les relations entre les personnes physiques qui doivent être recherchées pour établir l'intention bienfaisante. Certes, la prise en compte des personnes physiques implique de regarder au-delà de la personne morale et, en quelque sorte, de nier son existence propre. Elle nous paraît néanmoins indispensable.

835 En ce sens : D. SCHMIDT, « La loi Pacte et l'intérêt social », *loc. cit.* nbp n° 819 ; F.-X. LUCAS, « L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE », *BJS* 2018, p. 477 ; J. HEINICH, « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Rev. sociétés* 2018, p. 568.

836 En ce sens : E. SCHLUMBERGER, « Réforme des sûretés et sociétés », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2022, dossier 9, n° 1.

450. La prise en compte des personnes physiques doit s'étendre au régime. Elle interroge les règles qui sont directement liées à l'existence d'une relation entre les parties. Par exemple, la révocation pour ingratitude ne peut, évidemment, s'apprécier de la même façon selon que le bénéficiaire est une personne physique ou une personne morale.

451. Plan. La prise en compte des personnes physiques au-delà des personnes morales s'impose tant pour la qualification de contrat à titre gratuit (1.) que pour l'application du régime de la gratuité (2.).

1. La qualification de contrat à titre gratuit

452. La doctrine est, d'une manière générale, hostile à la prise en compte des personnes physiques derrière les personnes morales. Celle-ci nous paraît néanmoins s'imposer. En effet, selon nous, les contrats conclus par les personnes morales ne sont pas dispensés du contrôle de l'intelligibilité de l'engagement. Il en ressort que saisis d'un tel contrôle, les juges doivent rechercher les motifs de chacune des parties qui s'engage, ou plus exactement des éléments objectifs permettant de présumer les motifs subjectifs. À défaut, les contrats sans contrepartie conclus par les personnes morales, et tout particulièrement les sociétés, seraient nuls. La prise en compte de la relation s'impose ainsi pour la validité de l'acte. Dès lors, cette prise en compte nous paraît également possible et souhaitable pour la qualification d'un acte de contrat à titre gratuit.

453. Plan. Les contrats conclus par les personnes morales sont soumis au contrôle de l'intelligibilité de l'engagement du concédant (a). Dans ce cadre, il est nécessaire de prendre en compte de la relation entre les personnes physiques intéressées pour apprécier l'intelligibilité de l'engagement du concédant. Par extension, elle nous paraît pouvoir être exploitée pour la qualification de contrat à titre gratuit (b).

a) Intelligibilité de l'engagement des personnes morales

454. Les contrats conclus par les personnes morales sont soumis au contrôle de l'intelligibilité des engagements. Cette affirmation ne fait aucun doute pour les auteurs civilistes. La jurisprudence admettait la nullité des contrats conclus par les sociétés pour

absence de cause[837]. Cette solution peut être étendue à l'ensemble des personnes morales. Elle s'applique également aux contrats postérieurs à l'entrée en vigueur de l'ordonnance de réforme du droit des contrats du 10 février 2016.

455. Mais la doctrine commercialiste est fréquemment méfiante à l'égard des solutions qui menacent la sécurité des actes juridiques conclus par les sociétés. Ses critiques invitent à vérifier que les contrats conclus par les sociétés ne sont pas exclus du champ de la nullité pour défaut d'intelligibilité de l'engagement. Il faut réaffirmer que ni le respect de la procédure prévue par la loi ou les statuts de la personne morale pour l'extériorisation du consentement de celle-ci, ni l'exigence de sécurité juridique ne sont suffisants pour écarter le contrôle de l'intelligibilité de l'engagement des parties au contrat conclu par une personne morale.

456. Plan. La difficulté ne peut être contournée en qualifiant la personne morale de personne interposée ou de tiers au rapport de gratuité (i). Les engagements du contrat auquel est partie la personne morale sont soumis au contrôle de leur intelligibilité, peu important que la personne morale ait été engagée conformément à la procédure prévue par la loi ou les statuts (ii) ou que ce contrôle menace la sécurité juridique des parties (iii).

i) Exclusion de la qualité de personne interposée ou de tiers au rapport de gratuité

457. La seule qualité de personne morale n'exclut pas la qualité de partie au rapport de gratuité. La personne morale peut, de même qu'une personne physique, jouer un rôle de tiers au rapport de gratuité ou de personne interposée. Ces qualifications ne résultent cependant pas de sa seule nature de personne morale.

458. La seule qualité de personne morale ne la constitue pas personne interposée. L'interposition de personnes est l'opération par laquelle « *une personne figure au contrat comme si elle agissait pour son propre compte, alors qu'en réalité elle n'est que le prête-nom du véritable bénéficiaire*[838] ». Elle implique que la personne interposée, donataire apparente, s'engage à transmettre le bien au bénéficiaire effectif[839]. À première vue, le contrat à titre gratuit auquel est partie une personne morale pourrait constituer une telle opération : la personne

837 Voir par exemple : Civ. 1re, 10 mai 1995, no 92-10.736, *Bull. civ.* I, no 194 ; *RTD civ.* 1995, p. 880, obs. J. MESTRE ; *Defrénois* 1995, art. 36145, p. 1038, obs. P. DELEBECQUE ; *Dr. & patr.* novembre 1995, p. 87, obs. P. CHAUVEL ; *JCP G* 1996. I. 3914, obs. M. FABRE-MAGNAN ; Civ. 3e, 30 octobre 2002, no 01-01.219, *Bull. civ.* III, no 211 ; *Defrénois* 2003, p. 249, obs. R. LIBCHABER ; *RTD com.* 2003, p. 56, obs. B. SAINTOURENS ; *RDC* 2003, p. 115, obs. G. LARDEUX ; Com., 20 décembre 2017, no 16-23.592, inédit.

838 F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : les successions, les libéralités*, 4e édition, Dalloz, 2013, no 335.

839 *Ibid.* ; C. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, th. Paris II, 2012, no 90.

morale ne serait qu'une personne interposée entre deux personnes physiques, parmi lesquelles ses associés. La Cour de cassation semble avoir adopté cette thèse en qualifiant une société ayant reçu un avantage d'une personne physique de personne interposée entre le concédant et son associé[840].

459. Mais la société ne se contente pas de recevoir un avantage qu'elle serait tenue de transmettre à un tiers. Elle conserve l'avantage. Et du seul fait qu'elle conserver l'avantage, celui-ci bénéficie aux tiers que sont ses associés[841]. De même, la société concédante n'a pas pour seul rôle de transmettre au bénéficiaire final un avantage qu'elle aurait reçu du concédant : c'est elle-même qui s'appauvrit. Elle n'est donc pas une personne interposée[842].

460. La seule qualité de personne morale ne la constitue pas tiers au rapport de gratuité. Une catégorie d'opérations est dispensée du contrôle de l'intelligibilité de l'engagement du concédant[843]. Il s'agit des opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité. Le tiers au rapport de gratuité est celui envers lequel le concédant s'engage afin de procurer un avantage à une troisième personne, le bénéficiaire. Dans la plupart des opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité, celui-ci fournit un avantage équivalent à celui qu'il reçoit. En toute hypothèse, il peut se désintéresser des rapports entre le concédant et le bénéficiaire effectif de l'acte. La validité de l'acte impliquant un tiers au rapport de gratuité ne peut être mise en cause en raison du défaut d'intelligibilité de l'engagement du concédant.

461. Mais la personne morale qui concède ou bénéficie d'un avantage sans contrepartie équivalente n'est pas un tiers au rapport de gratuité. Quand bien même l'avantage aurait été voulu par ou pour un des membres de la personne morale, il est fourni par ou il bénéficie à celle-ci personnellement. Par exemple, dans le cas d'une donation, la personne morale concédante s'appauvrit effectivement et la personne morale bénéficiaire s'enrichit effectivement. La personne morale n'est pas, du fait de sa seule qualité, un tiers au rapport de

840 Civ. 1re, 24 janvier 2018, nos 17-13.017 et 17-13.400, *Bull. civ.* I, no 10, cité *supra*, nbp no 805 : « *l'arrêt énonce exactement, par motifs adoptés, que l'interposition d'une société ne fait pas obstacle au rapport à la succession d'une donation* ». Voir aussi, au sujet d'un legs : Civ. 1re, 9 février 2011, no 10-13.616, inédit.

841 M. LEROY, « Société interposée et donation indirecte », *in* Dossier « Société interposée dans un rapport de libéralité », p. 22 ; C. POURLIER-CUCHERAT, « L'inadéquation de l'interposition de personne "classique" à la gratification des associés par enrichissement d'une société », *in* Dossier « Société interposée dans un rapport de libéralité », précité, p. 26 ; S. DEVILLE, « La société donataire : une vue de l'esprit ? », *in* Dossier « Sociétés et donation indirecte », *Dr. & patr.* mai 2021, p. 30.

842 *Ibid*.

843 Voir *supra*, nos 227 s.

gratuité. Les contrats désintéressés conclus par les personnes morales doivent être rendus intelligibles par l'existence d'une relation d'affection.

ii) Indifférence de la régularité du contrat au regard des règles relatives au processus d'engagement de la personne morale

462. La loi ou les statuts prévoient des processus par lesquels les organes des personnes morales peuvent les engager à l'égard des tiers. Les personnes morales ne peuvent manifester seules un consentement. La loi, éventuellement complétée par les statuts[844], désigne des personnes ou groupes de personnes, appelées organes sociaux, ayant pour fonction d'engager la personne morale à l'égard des tiers[845]. La loi ou les statuts déterminent également les processus par lesquels un ou plusieurs organes contribueront à la prise d'une décision[846]. Ces processus peuvent varier selon la nature de la décision ou, quand il s'agit de conclure un contrat, selon l'identité du cocontractant. Les dispositions légales les plus précises sont consacrées aux sociétés, et plus précisément aux sociétés commerciales. Et le code de commerce prévoit un processus de décision particulier pour certains contrats susceptibles de relever de la gratuité bienfaisante.

463. Si l'on prend l'exemple de la société anonyme avec conseil d'administration et direction générale, la personne qui agit au nom de la société et l'engage envers les tiers est le directeur général[847]. Mais la société ne peut consentir une sûreté par simple décision du directeur général : celles-ci doivent être autorisées par le conseil d'administration[848]. Les contrats conclus avec notamment un directeur général, un administrateur, ou un associé disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 %, directement ou indirectement, ou auxquels une de ces personnes est intéressée, doivent être autorisés par le conseil d'administration, ce dernier étant

844 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11e édition, PUF, 2016, V° Statuts : « *Ensemble des disposition constitutives d'un être moral* » et « *par ext*[ension] *le document qui les consigne* ».

845 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* nbp nº 844, V° Organes : « *Individu ou groupe d'individus investis du pouvoir d'assurer, avec ou sans représentation, le fonctionnement d'une personne morale* ». S. FRANÇOIS, *Le consentement de la personne morale*, *op. cit.* nbp nº 799, nº 92.

846 *Ibid*., nºs 192 et suivants.

847 Articles L. 225-35 alinéas 1er et 2 et L. 225-56 alinéa 1er du code de commerce.

848 Article L. 225-35 alinéa 4 du code de commerce : « *Les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une autorisation du conseil d'administration, qui en limite le montant* […] ». Cette disposition a été assouplie par la loi nº 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, le conseil d'administration pouvant désormais procéder à une autorisation globale des sûretés consenties aux filiales sur laquelle la société garante exerce un contrôle exclusif, sous condition de renouvellement annuel de l'autorisation ou de reddition annuelle de compte par le directeur général ou le directoire.

tenu de motiver sa décision au regard de l'intérêt de la société[849]. Enfin, les administrateurs personnes physiques ne peuvent bénéficier d'un prêt de la société ni obtenir d'elle une sûreté garantissant leurs dettes[850]. Des dispositions similaires sont prévues pour d'autres types de sociétés commerciales[851]. Le code de commerce prévoit donc des dispositions spéciales permettant d'appréhender certains actes perçus comme dangereux, et notamment des actes conclus dans certaines situations susceptibles de donner lieu à des contrats désintéressés du point de vue de la société.

464. Le respect du processus permettant aux organes d'engager la personne morale à l'égard des tiers n'exclut pas le contrôle de l'intelligibilité de l'acte. Pour certains auteurs, le respect du processus de prise de décision par les organes sociaux suffit, en droit civil, à la validité du contrat. Il est indifférent que le contrat soit désintéressé[852]. En prononçant la nullité du contrat qu'il considère contraire à un intérêt social, et notamment du contrat désintéressé, le juge marquerait une défiance vis-à-vis des organes de la personne morale, qui seuls seraient en mesure d'apprécier l'intérêt de la société[853].

465. Mais les règles relatives au fonctionnement des personnes morales ne sont pas propres à écarter le contrôle de l'intelligibilité de l'engagement. Aucune disposition du code de commerce n'excluait le contrôle de l'existence de la cause. Le code de commerce ne déroge pas, d'une manière générale, aux règles du code civil relatives à la formation et à la classification des contrats. Elles se bornent à préciser le processus permettant l'émission du consentement de la personne morale. De même que le contrôle de l'existence de la volonté de la personne physique se double d'un contrôle de l'intelligibilité de son engagement, le respect du processus doit s'accompagner de l'intelligibilité de l'engagement de la personne morale[854].

iii) Insuffisance de l'exigence de sécurité juridique

466. Des auteurs critiquent les causes de nullités des contrats conclus par les personnes morales au motif qu'elles constitueraient une atteinte excessive à la sécurité juridique de

849 Articles L. 225-38 et L. 225-86 du code de commerce.
850 Article L. 225-43 du code de commerce.
851 Articles L. 227-10 et L. 227-11 (sociétés par actions simplifiées), L. 226-10 (société en commandite par actions) et L. 223-21 (société à responsabilité limitée) du code de commerce.
852 S. FRANÇOIS, *Le consentement de la personne morale*, *op. cit.* nbp n° 799, n^{os} 533-535.
853 J.-F. BARBIÈRI, « Les garanties accordées par une société, dans la tourmente prétorienne (et légale ?) », *in Mélanges en l'honneur d'Alain Couret*, *loc. cit.* nbp n° 834, n° 13
854 M. François retient qu'il résulte de l'ordonnance de réforme du droit des contrats que le contrôle de l'existence de la cause a été supprimé et qu'un engagement est désormais valable peu important l'intérêt qu'il procure à celui qui l'a souscrit : S. FRANÇOIS, *Le consentement de la personne morale*, *op. cit.* nbp n° 799, n° 491. Sur la critique de cette position : voir *supra*, n^{os} 217-225.

ces dernières et de leurs cocontractants. Pour une partie de la doctrine, la question de la validité des actes accomplis par les personnes morales devrait être tranchée principalement eu égard à la préservation de la sécurité juridique du cocontractant[855], surtout s'il est de bonne foi[856]. Seule la personne physique mériterait une protection particulière contre l'erreur d'appréciation qui l'aurait amenée à conclure un contrat contraire à son intérêt[857]. Et le droit commercial, dont relèvent de nombreuses sociétés, exigerait rapidité, souplesse et sécurité. Il s'accommoderait mal des nullités prononcées *a posteriori*. Elles menacent en effet la sécurité et, en incitant les parties à des vérifications préalables, elles compromettent la rapidité des transactions[858].

467. Cependant, le fait qu'une personne morale soit partie au contrat désintéressé ne modifie pas substantiellement l'appréciation des intérêts en présence. Le contrôle de l'intelligibilité est indispensable. La force obligatoire ne peut être attribuée à un engagement qui ne serait pas socialement compréhensible. L'intérêt du concédant à ne pas être tenu d'exécuter un tel engagement excède celui du bénéficiaire à l'exécution[859]. Le bénéficiaire, qui reçoit un avantage sans fournir de contrepartie et sans que le concédant n'en retire un avantage extérieur évident, ne peut se prévaloir d'une croyance suffisamment légitime dans la validité de l'engagement. Il importe peu que le concédant soit une personne morale ou une personne physique. Et la personne morale bénéficiaire ne peut se prévaloir d'un intérêt plus légitime à la sécurité juridique que le bénéficiaire personne physique.

468. L'appréciation des intérêts en présence n'est différente que dans les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité. Les sûretés pour autrui appartiennent à la catégorie des opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité - en l'occurrence, le créancier

855 Voir notamment E. SCHLUMBERGER, « Retour sur la jurisprudence relative aux garanties de la dette d'autrui octroyées par une société », *loc. cit.* nbp n° 825, p. 169 ; E. SCHLUMBERGER, note sous Com., 13 janvier 2021, *BJS* avril 2021, p. 13 ; C. PAGNUCCO, note sous Com., 16 octobre 2019, *BJS* janvier 2020, p. 32 ; D. COHEN, « Les garanties émises par les sociétés : un nécessaire changement de perspective ? », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 97, n° 36 ; N. RONTCHEVSKY, « Observations sur la nullité du contrat contraire à l'intérêt social », *loc. cit.* nbp n° 826, spéc. n° 34 ; M. BUCHBERGER, « Pour un abandon de l'intérêt social comme condition de validité des contrats conclus par la société », *loc. cit.* nbp n° 834, n° 30-34.

856 E. SCHLUMBERGER, note sous Civ. 3e, 21 décembre 2017, *loc. cit.* nbp n° 826.

857 Certains soulignent ainsi que dans les sociétés à responsabilité limitée, les associés, et notamment les associés personnes physiques : M. BUCHBERGER, « Pour un abandon de l'intérêt social comme condition de validité des contrats conclus par la société », *loc. cit.* nbp n° 834, n° 31.

858 Voir aussi, relevant l'importance des sûretés pour autrui dans la pratique des affaires et en conséquence le caractère inopportun de la jurisprudence prononçant la nullité pour contrariété à l'intérêt social de celles qui sont constituées par des sociétés : N. RONTCHEVSKY, « Observations sur la nullité du contrat contraire à l'intérêt social », *loc. cit.* nbp n° 826, n° 18.

859 Voir *supra*, nos 206-207.

bénéficiaire de la sûreté[860]. Or, des raisons d'opportunité, tenant à la sécurité du crédit et au rôle de ces opérations dans l'économie, justifient que le tiers au rapport de gratuité soit dispensé de vérifier l'intelligibilité de l'engagement du concédant[861]. Ces mêmes raisons fondent d'ailleurs une critique de la jurisprudence relative au cautionnement dans les sociétés à risque illimité. La Cour de cassation a admis que certains actes des sociétés, et notamment des sûretés pour autrui, soient annulés pour contrariété à l'intérêt social[862]. L'appréhension de l'intérêt social, tout comme celle de l'intelligibilité de l'engagement, nous paraît toutefois résider dans les relations entretenues par la société avec le débiteur garanti. Les raisons d'opportunité qui justifient l'absence de contrôle de l'intelligibilité de l'engagement dans les sûretés pour autrui justifieraient également l'absence de contrôle de l'intérêt social. Les sociétés ne méritent pas d'être davantage protégées que d'autres contractants. Mais les contrats autres que ceux impliquant un tiers au rapport de gratuité sont soumis au contrôle de l'intelligibilité des engagements.

b) Nécessité de la prise en compte de la relation entre personnes physiques

469. Plan. Pour fonder l'intelligibilité des engagements compris dans un contrat désintéressé conclu par une personne morale, il est nécessaire d'identifier une relation entre des personnes physiques affectées par l'accomplissement de l'acte, qui le subissent effectivement ou en bénéficient effectivement (i). Dans les sociétés, les plus fréquemment concernées, ce sont les relations d'affection entretenues par les associés qui sont susceptibles de rendre intelligibles les engagements désintéressés concédés ou reçus par la société (ii).

i) L'intelligibilité en cas de relation entre le concédant effectif personne physique et le bénéficiaire effectif personne physique

470. Pour fonder l'intelligibilité et ainsi la validité des actes désintéressés conclus par les personnes morales, il est indispensable de rechercher une relation d'affection entre deux personnes physiques. La personne morale constitue une personne distincte de ses membres personnes physiques. Elle doit néanmoins être soumise à l'exigence d'intelligibilité des engagements. Lorsqu'elle est partie à un contrat désintéressé, non en tant que personne interposée ou de tiers au rapport de gratuité, mais en tant que bénéficiaire ou concédant, elle peut se voir opposer le défaut d'intelligibilité de son engagement ou de celui de la partie

860 Voir *supra*, n° 227.
861 Voir *supra*, n°s 241-243.
862 Voir *supra*, n° 444.

adverse. La personne morale n'est liée par aucune relation d'affection permettant de supposer l'existence d'une intention bienfaisante[863]. Il faut donc, malgré le voile de la personnalité morale, identifier la ou les personnes physiques entretenant avec le cocontractant une relation d'affection susceptible de rendre intelligible les engagements des parties[864]. En d'autres termes, la volonté exprimée par la personne morale n'est intelligible qu'en cas de relation d'affection existant entre une personne physique concernée par son acte et le cocontractant[865]. À défaut d'une telle relation, l'acte encourt la nullité pour inintelligibilité de l'engagement.

471. Les personnes concernées par l'acte de la personne morale sont les personnes qui subissent effectivement ou bénéficient effectivement de l'acte. L'avantage concédé par une personne morale à une personne physique n'est intelligible que si celle-ci entretient une relation d'affection avec une personne physique affectée par l'accomplissement de l'acte. L'existence d'une relation d'affection avec une personne physique en lien avec la personne morale mais non affectée par la réalisation de l'acte ne suffit pas à le rendre intelligible. Corrélativement, l'avantage reçu par une personne morale n'est intelligible que si la personne physique concédante entretient une relation d'affection avec une personne physique à laquelle l'acte procure un avantage effectif.

472. En d'autres termes, si l'acte est une donation, il est intelligible si le cocontractant personne physique entretient une relation d'affection avec une personne physique appauvrie ou enrichie par l'acte. S'il s'agit d'un contrat de service gratuit, c'est la relation entretenue par une personne physique qui subit effectivement un manque à gagner ou bénéficie effectivement d'une économie qui sera pertinente.

ii) La société : la relation entre l'associé personne physique et le cocontractant personne physique

473. Seuls les associés de la société sont affectés par la réalisation d'un acte désintéressé, à l'exclusion, notamment, du dirigeant. La société est constituée dans l'intérêt commun des

863 Voir aussi, retenant, en matière d'*intuitus personae*, que la personne déterminante n'est pas la société mais les personnes physiques négociant, concluant et exécutant le contrat en son nom : P.-Y. GAUTIER, note sous Com., 29 juin 2022, *RTD civ.* 2022, p. 922.

864 Voir *contra*, retenant qu'en matière d'acte désintéressé accompli au profit d'une société, il n'est pas suffisant de démontrer qu'il existe une intention de gratifier les associés, il faut établir « *que l'acte a été voulu dans l'intérêt particulier de cette société* » : A.-L. RANDEGGER, *La donation indirecte : Recherches sur l'instrumentalisation de sa qualification*, th. Paris II, 2022, n^{os} 39-40. L'autrice soutient qu'en matière fiscale notamment, la soumission d'un acte à des droits de mutation ne peut être encourue que si l'intention libérale à l'égard de la société est établie.

865 *Ibid.*

associés, elle a pour finalité de leur procurer des avantages sous la forme de réalisation de bénéfice ou d'économies. Les associés sont affectés indirectement par les avantages consentis et reçus par la société. Les associés d'une société sont titulaires de parts de la société qui leur confèrent des droits patrimoniaux. D'une part, lorsque la société réalise des bénéfices et procède à leur distribution, chaque associé en reçoit une partie sous forme de dividendes[866]. D'autre part, lorsque la société est dissoute et liquidée, son patrimoine est partagé entre les associés qui reçoivent ainsi un boni de liquidation[867]. Et les parts de la société constituent un bien dans le patrimoine de l'associé, dont la valeur augmente celle de ce patrimoine. L'avantage concédé par la personne morale l'appauvrit ou lui cause un manque à gagner. La valeur des parts des associés, les dividendes et le boni de liquidation qu'ils ont vocation à percevoir diminuent ou stagnent.

474. La société n'est constituée dans l'intérêt de personne d'autre que les associés, et notamment pas des dirigeants. Les dirigeants n'ont pas vocation à bénéficier des profits et des économies générés par l'activité sociale. Les dirigeants ne sont pas affectés par l'appauvrissement ou le manque à gagner de la société.

475. L'avantage concédé ou reçu par une société est rendu intelligible par la relation entre un ou plusieurs associés personnes physiques et le bénéficiaire personne physique. Il peut être présumé que l'engagement de la personne morale qui procure un avantage à une personne physique qui entretient une relation d'affection avec ses associés est justifié par une intention bienfaisante de ses associés à l'égard du bénéficiaire. Corrélativement, il peut être présumé que la personne physique qui procure un avantage à une personne morale, lequel bénéficie indirectement à ses associés personnes physiques avec lesquelles elle entretient une relation d'affection, est animée par l'intention bienfaisante de procurer un avantage à ces associés personnes physiques[868]. L'engagement de la personne physique concédante est donc rendu intelligible par la relation qu'elle entretient avec les associés personnes physiques de la personne morale. Cette relation, prise en compte pour le contrôle de l'intelligibilité des

866 Article 1844-1 alinéa 1er du code civil.

867 Article 1844-9 alinéa 1er du code civil.

868 En ce sens : C. ROCHAT, *L'amitié en droit privé*, *op. cit.* nbp n° 793, nbp n° 75 sous n° 15. Voir aussi, retenant que dans la qualification d'un contrat conclu entre un concédant personne physique et une société, l'existence d'une donation – à l'égard des associés – peut être présumée lorsque ceux-ci appartiennent à la famille proche du concédant : Q. GUIGUET-SCHIELE, « Réflexions sur une approche « moderne » de l'interposition de personne », *in* Dossier « Société interposée dans un rapport de libéralité », *loc. cit.* nbp n° 841, p. 41 ; Q. GUIGUET-SCHIELE, « Donation à l'associé ou à la société. Des présomptions en guise de solution », *in* Dossier « Sociétés et donation indirecte », *Dr. & patr.* mai 2021, p. 40.

engagements, et pour la qualification de contrat à titre gratuit, est également déterminante pour l'application du régime de la gratuité.

2. Le régime de la gratuité

476. Plan. Le caractère déterminant de la relation entre des personnes physiques emporte des conséquences dans les rapports entre la personne morale et la personne physique partie au contrat, voire entre les personnes morales parties au contrat le cas échéant (a) et dans les rapports entre personnes physiques (b).

a) Rapports entre la personne morale et la personne physique

477. Le contrat à titre gratuit conclu par la personne morale est soumis au régime des contrats à titre gratuit. La personne morale est partie à un contrat à titre gratuit. Celui-ci doit être soumis au régime des contrats à titre gratuit. Notamment, la responsabilité du concédant, personne physique ou personne morale, est atténuée. Le contrat est soumis aux conditions de forme des contrats à titre gratuit. Lorsqu'il constitue une donation, il doit être conclu par acte authentique ou relever des exceptions à cette exigence de forme[869]. La donation doit, également, être soumise à la réduction pour atteinte à la réserve héréditaire[870].

478. Le contrat est révocable en cas d'ingratitude du bénéficiaire personne physique à l'égard du concédant personne physique. La révocation pour ingratitude est la principale règle justifiée par l'existence d'une relation d'affection entre concédant et bénéficiaire[871]. Pour

869 Sur cette exigence et ses exceptions, voir *infra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre deuxième. À notre connaissance, la Cour de cassation n'a jamais été interrogée sur la validité formelle de l'acte auquel une ou plusieurs personnes morales sont parties. Les donations soumises à la Cour de cassation constituaient dans leur majorité des donations indirectes, ayant notamment pris la forme de vente à prix minoré (Civ. 1re, 19 mars 2014, nº 13-14.795, *Bull.* nº 42 ; *AJ fam.* 2014, p. 326, obs. N. LEVILLAIN ; *RLDC* mai 2014, p. 51, note C. CAMPELS ; Civ. 1re, 11 juillet 2019, nº 18-19.415, inédit), de renonciation à un droit (Com., 10 avril 2019, nº 17-19.734, inédit) ou à un bien (Civ. 1re, 24 janvier 2018, nos 17-13.017 et 17-13.400, *Bull. civ.* I, nº 10, cité *supra*, nbp nº 805), du paiement de la dette d'autrui (Civ. 1re, 18 mars 2020, nº 18-25.309, inédit) ou de dons manuels (Civ. 1re, 4 juillet 2007, nº 05-20.096, inédit). Voir cependant, relatif à l'autorisation d'exploiter une carrière consentie apparemment sans contrepartie (mais ne statuant pas sur sa validité formelle) : Civ. 1re, 6 juillet 2011, nº 10-23.211, inédit.

870 Voir *contra* : M. LEROY, « Les associés donataires de la valorisation des titres : appréciation critique », *in* Dossier « Société et donation indirecte », *loc. cit.* nbp nº 868, p. 27 ; H. LEYRAT, « Une société peut-elle véritablement être partie à une donation ? », *Defrénois* 8 octobre 2020, p. 21. Sur la réserve héréditaire et la réduction des libéralités, voir *supra*, nº 289. En l'absence de consentement de la personne physique bénéficiaire effective, la donation consentie à une personne morale s'impute sur la quotité disponible. S'il est établi l'existence du consentement de la personne physique bénéficiaire effective, et que celle-ci est héritière réservataire du donateur, la donation constitue une donation rapportable s'imputant sur la réserve de l'héritière, en application de l'article 919-1 alinéa premier du code civil.

871 Voir *supra*, nº 252.

l'application de cette règle, les personnes déterminantes sont les personnes physiques subissant et bénéficiant effectivement de l'avantage. Ainsi, le concédant personne physique peut demander la révocation de la donation consentie à une société si l'associé de cette dernière, personne physique bénéficiaire effectif, s'est rendu coupable d'ingratitude à son égard[872].

479. Les règles pour l'application desquelles l'identité des parties est déterminante sont appliquées aux concédants et bénéficiaires personnes morales et personnes physiques. Notamment, la capacité de donner et la capacité de recevoir doivent être appréciées chez la personne morale et chez la personne physique effectivement concédante ou bénéficiaire[873].

b) Rapports entre les personnes physiques

480. S'il existe un accord entre les personnes physiques, cet accord constitue un contrat à titre gratuit. En particulier, si l'opération a pour objet le transfert d'un bien, cet accord peut être qualifié de donation indirecte. La plupart des opérations visées résulteront d'un accord entre les personnes physiques visées. Par exemple, l'associé d'une société et son enfant s'accordent sur le fait que l'enfant recevra une donation de la société. Ou le concédant personne physique qui consent une donation à une société a recueilli auparavant le consentement de son enfant associé de la société. Lorsqu'un tel accord peut être établi, il constitue un contrat qui peut être qualifié de donation indirecte d'une personne physique à l'autre[874].

872 En ce sens, jugeant que la personne physique ayant versé l'intégralité du capital d'une société dont son épouse était seule associée et effectué des donations au profit de cette société pouvait demander la révocation de la donation entre époux : Civ. 1re, 10 juillet 2013, no 11-28.124, inédit. L'arrêt pourrait être critiquable s'il jugeait, implicitement, que l'action était recevable en ce qu'elle est dirigée contre la bénéficiaire effective de la donation. À notre sens en effet, la révocation a pour objet le contrat de donation conclu par la personne morale. C'est donc la personne morale qui doit être partie à l'instance en révocation. Voir *contra*, considérant que le contrat conclu entre un concédant personne physique et une personne morale bénéficiaire ne peut pas faire l'objet d'une action en révocation pour ingratitude : M. LEROY, « Les associés donataires de la valorisation des titres : appréciation critique », *in* Dossier « Société et donation indirecte », *loc. cit.* nbp no 868, p. 28.
Voir toutefois, retenant que la condamnation pour abus de biens sociaux et abus de confiance commis par le donataire à l'égard de la société dont les titres faisaient l'objet de la donation ne constitue pas une cause de révocation de la libéralité : Civ. 1re, 19 octobre 2016, no 15-25.879, *Bull. civ.* I, n° 197 ; *Dr. famille* 2017, comm. 12, B. BEIGNIER ; *Dr. famille* 2016, comm. 260, comm. A. TANI ; Civ. 1re, 30 janvier 2019, no 18-10.091, *Bull. civ.* I, p. 131 ; *D.* 2019. 2216, obs. S. GODECHOT-PATRIS et C. GRARE-DIDIER ; *ibid.* 2020. 118, obs. A. RABREAU ; *AJ fam*. 2019, p. 160, obs. N. LEVILLAIN ; *Dr. sociétés* 2019, comm. 63, comm. R. MORTIER ; *Dr. famille* 2019, comm. 82, comm. M. NICOD.

873 Voir en ce sens : Civ. 1re, 9 février 2011, no 10-13.616, inédit.

874 Voir *contra*, considérant que la diminution de valeur des titres subie par l'associé étant à l'initiative de la donation ne constitue pas le dépouillement caractéristique de la donation : Q. GUIGUET-SCHIELE, « Réflexions sur une approche « moderne » de l'interposition de personne », *loc. cit.* nbp no 868, p. 36. Voir aussi, évoquant l'hypothèse dans laquelle le concédant personne physique est également dirigeant ou associé majoritaire de la société bénéficiaire, de sorte qu'il peut consentir, en qualité de donateur et de représentant de la société donataire, au *mutuus dissensus* du contrat de donation : M. LEROY, « Société

481. Cette donation indirecte est soumise au rapport. Lorsque le contrat à titre gratuit est une donation dont le bénéficiaire effectif est un héritier en ligne directe de la personne à l'initiative de l'acte, la donation est rapportable[875].

482. La détermination de la valeur rapportable est délicate. Si l'on prend l'exemple d'une donation consentie par un parent à une société dont son enfant est associé, la valeur rapportable est égale à la fraction de la valeur des actions imputable à la présence dans le patrimoine de la société, à l'époque du partage, du bien donné ou de tout bien acquis en remplacement. La créance de rapport a pour montant la valeur du bien donné ou du bien acquis en remplacement[876]. Elle ne doit pas être déterminée par référence à la différence entre la valeur effective du patrimoine du donataire et celle du patrimoine dont le donataire aurait été titulaire si la donation n'avait pas été effectuée. Cette différence pourrait inclure le profit que le donataire a pu tirer du bien durant la période comprise entre la date de la donation et celle de l'ouverture de la succession. Or, ce profit n'est pas rapportable[877]. La valeur de la créance de rapport résultant d'une donation à une société, laquelle a pour conséquence l'augmentation de

---

interposée et donation indirecte », *loc. cit.* nbp n° 841, p. 25 ; M. LEROY, « Les associés donataires de la valorisation des titres : appréciation critique », *loc. cit.* nbp n° 872, p. 28. L'auteur s'appuie sur ce cas particulier, dans lequel l'absence de dessaisissement définitif peut être caractérisée, pour écarter systématiquement l'existence d'une donation.

875 En ce sens : Civ. 1re, 24 janvier 2018, nos 17-13.017 et 17-13.400, *Bull. civ.* I, n° 10, cité *supra*, nbp n° 805. Voir aussi : Civ. 1re, 4 juillet 2007, n° 05-20.096, inédit ; Civ. 1re, 18 mars 2020, n° 18-25.309, inédit ; *Gaz. Pal*. 28 juillet 2020, obs. S. LEROND ; *Revue fiscale du patrimoine* 2020, obs. M. LEROY ; *RJPF* 2020, obs. C.-M. PÉGLION-ZIKA ; *Dr. famille* 2020, comm. 94, comm. M. NICOD. Voir encore, censurant une décision ayant retenu l'existence d'une donation indirecte rapportable au motif qu'en ne caractérisant pas l'existence de l'intention libérale, la cour d'appel avait privé sa décision de base légale : Civ. 1re, 19 mars 2014, n° 13-14.795, *Bull.* n° 42, cité nbp n° 869. Voir cependant, jugeant que la société « *avait seule bénéficié* » de la donation et qu'en conséquence son associé ne peut être tenu au rapport : Civ. 1re, 6 juillet 2011, n° 10-23.211, inédit.
La Cour de cassation a encore retenu que « *la présomption de gratuité édictée par l'article 918 du code civil dans sa version antérieure à la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 ne s'applique qu'aux aliénations consenties à l'un des successibles en ligne directe* » : Civ. 1re, 30 septembre 2009, n° 08-17.411, *Bull.* n° 199 ; *BJS* 2010, p. 233, note N. MATHEY ; *JCP N* 2009, p. 1340, note J.-P. GARÇON ; *AJ fam*. 2009, p. 459, obs. F. BICHERON ; *Dr. famille* 2009, comm. 143, comm. B. BEIGNIER ; *JCP G* 2010, doctr. 203, n° 8, chron. R. LE GUIDEC. Mais la portée de cet arrêt peut être relativisée. L'article 918 présume irréfragablement que les ventes avec stipulation de rente viagère constituent des donations rapportables lorsqu'elles sont conclues entre une personne et un de ses héritiers en ligne directe. La doctrine énonce qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que cette dernière a substantiellement réduit le champ d'application de cette présomption : voir B. BEIGNER, obs. précitées. Et la seule inapplication de cette présomption ne fait pas obstacle à ce que la qualification de donation indirecte soit retenue.
Sur le rapport des libéralités, voir *supra*, n° 286.

876 L'article 860 du code civil énonce en ses deux premiers alinéas : « *Le rapport est dû de la valeur du bien donné à l'époque du partage, d'après son état à l'époque de la donation. Si le bien a été aliéné avant le partage, on tient compte de la valeur qu'il avait à l'époque de l'aliénation. Si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, on tient compte de la valeur de ce nouveau bien à l'époque du partage, d'après son état à l'époque de l'acquisition. Toutefois, si la dépréciation du nouveau bien était, en raison de sa nature, inéluctable au jour de son acquisition, il n'est pas tenu compte de la subrogation*. »

877 En ce sens, l'article 856 du code civil dispose : « *Les fruits des choses sujettes à rapport sont dus à compter du jour de l'ouverture de la succession* ».

la valeur d'un titre social nous paraît devoir être déterminée par analogie. Il doit correspondre à la fraction de la valeur d'un titre social qui peut être attribuée à la présence du bien objet de la donation dans le patrimoine de la société, à l'époque du partage[878]. La relation d'affection entre personnes physiques, que celles-ci soient parties à l'acte ou membres de la personne morale, constitue donc un des éléments objectifs permettant de supposer l'intention bienfaisante. L'affectation à une œuvre philanthropique en constitue un second.

SECTION II
L'ŒUVRE PHILANTHROPIQUE

483. Dans le cadre de notre défense de la conception bienfaisante de la gratuité, nous avons tenté d'en préciser les critères et notamment celui d'intention bienfaisante. De même que la relation d'affection que nous venons de développer, l'affectation de l'avantage à une œuvre philanthropique nous paraît propre à présumer l'intention bienfaisante. En d'autres termes, la destination philanthropique de l'avantage constitue un élément objectif permettant, en présence d'un contrat comportant un engagement dépourvu de contrepartie équivalente, de présumer que le concédant est animé d'une intention bienfaisante, de l'intention de préférer le bénéficiaire à lui-même.

484. Nous avons choisi le terme de « philanthropie » parce qu'il nous apparaît suffisamment large et évocateur. Dans notre recherche des situations de bienfaisance, nous en avons identifié une première catégorie, les relations d'affection entre concédant et

878 La Cour de cassation a ainsi jugé « *qu'en cas de donation faite par le défunt à l'héritier par interposition d'une société dont ce dernier est associé, le rapport est dû à la succession en proportion du capital qu'il détient* » (Civ. 1re, 24 janvier 2018, nos 17-13.017 et 17-13.400, *Bull. civ.* I, no 10, cité *supra*, nbp no 805). Voir, *contra*, retenant que le montant de la créance de rapport se détermine en soustrayant à la valeur actuelle des titres détenus par l'associé donataire la valeur qui aurait été la leur en l'absence de la donation : S. LEROND, note sous Civ. 1re, 24 janvier 2018, *Gaz. Pal.* 27 mars 2018, p. 66. Voir encore, estimant que la fixation de la créance de rapport implique « *de réaliser un double rapport de proportion, c'est-à-dire de tenir compte tant de la part que représente l'enrichissement de la société dans l'actif social après donation que de la proportion de détention du capital social par l'associé* », en tenant compte du « *caractère indirect de l'enrichissement* », résultant notamment du fait que la société « *aura pu notamment développer son activité, réaliser des investissements et passer des actes qui n'auraient pas été envisageables si elle n'avait pas bénéficié d'un tel enrichissement* » : Q. GUIGUET-SCHIELE, « Donation à l'associé ou à la société. Des présomptions en guise de solution », *loc. cit.* nbp no 868, p. 42. Ces deux auteurs retiennent qu'il y a lieu de tenir compte de l'enrichissement indirect que la propriété des biens a procuré à la société et en conséquence à ses associés entre la date de la donation et la date du partage. On l'a exposé, cette prise en compte est contraire, sinon au texte, du moins à l'esprit des articles 856 et 860 du code civil.

bénéficiaire, et une seconde. Cette seconde catégorie est plus complexe à cerner en droit. Elle nous paraît recouvrir une diversité de manifestations qui s'ancrent dans une longue tradition historique, s'étendant de l'évergétisme romain, en passant par l'aumône chrétienne, jusqu'aux manifestations contemporaines des associations de solidarité internationale ou de défense de la nature[879]. Nous avons choisi, pour la désigner, le terme de philanthropie.

485. La philanthropie désigne l'amour des êtres humains. Le terme de philanthrope provient du terme grec *philanthrôpos*, lequel désigne les personnes qui aiment les êtres humains[880]. Par extension, le philanthrope est celui « *qui œuvre pour le bien de ses semblables, pour l'amélioration de leur condition, de leur sort, qui vient en aide aux déshérités*[881] ». La philanthropie est l'intention de faire le bien d'une ou plusieurs personnes, non en raison de la relation interpersonnelle que le concédant entretient avec elles, mais en raison de leur appartenance à l'humanité. L'acte philanthropique est l'acte désintéressé ayant pour objet et pour finalité d'améliorer la situation d'une ou plusieurs personnes en raison de leur appartenance à l'humanité.

486. Le choix de ce terme s'inscrit dans une philosophie anthropocentriste. Il postule, en effet, que la personne humaine est principalement voire exclusivement intéressée par le bien-être des autres êtres humains[882]. Ce terme occulte la propension de la personne à consentir un sacrifice dans le seul but de rendre grâce à Dieu ou de préserver la nature. Il inclut les dons aux œuvres religieuses ou de défense de la nature, mais uniquement dans la mesure où ils tendent à améliorer la situation de l'humanité, par exemple en améliorant les conditions d'exercice du culte ou en préservant les conditions de la vie humaine sur Terre. Les textes n'imposent pas un tel choix. En effet, le code général des impôts mentionne notamment, au titre des dons donnant lieu à une réduction de l'impôt sur le revenu, ceux accomplis au profit des associations cultuelles[883] ou d'œuvres concourant « *à la défense de l'environnement naturel*[884] », sans exiger que ces œuvres tendent *in fine* à améliorer la situation de l'humanité. Nous avons toutefois choisi le terme philanthropie dans la mesure où, s'il n'englobe pas tous

879 Sur lesquelles, voir *infra*, n° 489.

880 *Dictionnaire de l'académie*, 9e édition, V° Philanthrope : « *Emprunté du grec philanthrôpos, "qui aime les hommes, bienveillant", lui-même composé à l'aide de phileîn, "aimer", et anthrôpos, "être humain, homme". Personne naturellement portée à aimer son prochain. Se dit couramment de celui, de celle qui s'emploie à améliorer le sort de ses semblables, qui vient en aide aux indigents, le plus souvent par des dons, par la fondation d'œuvres, d'institutions charitables, etc*. ».

881 *TLFi*, V° Philanthrope.

882 *TLFi*, Vo Anthropocentrisme : « *Doctrine ou attitude philosophique qui considère l'homme comme le centre de référence de l'univers* ».

883 Article 200, 1, e du code général des impôts. Sur ce texte, voir *infra* nbp no 950.

884 Article 200, 1, b du code général des impôts. Sur ce texte, voir *infra* no 511 et nbp no 950.

les actes bienfaisants, il nous paraît être suffisamment englobant et surtout doté d'un fort pouvoir d'évocation.

487. Plan. Nous verrons que le droit positif ne connaît pas de catégorie parfaitement identifiable à celle de l'œuvre philanthropique (§1.). Néanmoins, il contient les éléments propres à tracer les grandes lignes de l'élément objectif susceptible de fonder la présomption d'intention bienfaisante, l'œuvre philanthropique (§2.).

§1. Recherche de la philanthropie en droit
§2. Critères de l'œuvre philanthropique

§1. RECHERCHE DE LA PHILANTHROPIE EN DROIT

488. Plan. L'appréhension de la philanthropie par un prisme historique et doctrinal (A.) permet de constater qu'aucune catégorie du droit positif ne permet de l'appréhender exactement (B.).

A. PERSPECTIVES HISTORIQUES ET DOCTRINALES

489. La brève évocation de quelques manifestations de comportements susceptibles d'être rattachés à la philanthropie permet de mieux cerner ce phénomène. On pense, en premier lieu, à l'évergétisme caractéristique de la société romaine. Ce terme décrit les dons d'un montant élevé consentis par les citoyens au profit de la cité[885], ayant pour finalité la construction d'édifices, religieux ou non, ou l'organisation de jeux, de fêtes ou de banquet. Ils sont attendus voire obligatoire pour les notables, les personnes titulaires d'un office public, ou ceux qui candidatent à de tels offices. L'apparition du christianisme modifie la signification donnée aux dons. Les donations se font non au profit de la cité, mais pour l'édification d'un bâtiment religieux, pour la création ou l'entretien d'une œuvre religieuse, ou aux fins de prière[886]. Elles sont très fortement encouragées par le clergé catholique[887]. Le terme de

885 P. VEYNE, *Le Pain et le Cirque. Sociologie historique d'un pluralisme politique*, Seuil, 1995, p. 20-22 ; J. MICHEL, *La gratuité en droit romain, op. cit.* nbp n° 9, n° 836 ; G. BARTOLOTTI, *Les pollicitations à l'époque romaine : étude sur les promesses au bénéfice d'une collectivité*, th. Paris II, 2020, p. 11-12.

886 *Ibid.*, p. 55-59 ; S. RIGAUDEAU, *Le testament en droit canonique du XII^e au XV^e siècle*, th. Paris II, 2020.

887 *Ibid.*, p. 34-41 ; C. BEC, C. DUPRAT, J.-N. LUC, J.-G. PETIT (dir.), *Philanthropies et politiques sociales en Europe (XVIIIe – XXe siècles)*, Economica, 1994, p. VI.

philanthropie apparaît au début du XVIII[e] siècle, avec la philosophie des Lumières[888]. Les élites libérales, notamment juristes, médecins, hommes politiques créent des œuvres non confessionnelles ou interconfessionnelles[889]. Ces œuvres ont pour objet d'améliorer le sort des populations précaires[890]. Elles sont caractérisées par une volonté affichée de mener une action efficace, notamment en mettant en faisant application de méthodes entrepreneuriales et scientifiques[891]. Ces œuvres, religieuses et laïques, perdurent tout au long du XIX[e] siècle[892]. Fondées et entretenues grâce à des donations, elles fonctionnent également grâce au bénévolat[893]. Le terme « humanitaire » est forgé dans le cadre des discours des Lumières[894] mais la naissance de ce que l'on désigne aujourd'hui sous le terme d'action humanitaire remonte à la création du Comité International de la Croix-Rouge en 1863[895]. Il s'applique à l'action d'un ensemble d'organisations sur un plan international en matière d'aide d'urgence et d'aide au développement. Le nombre de bénévoles a nettement augmenté dans les années 1980, ce qui est expliqué par le désengagement de l'État dans le financement de ces associations[896]. La seconde moitié du XX[e] siècle voit également apparaître les dons d'éléments et produits du corps humain. Après la création des premiers systèmes de collecte, pendant la première guerre mondiale, la plupart des donneurs étaient rémunérés[897]. Ce n'est qu'à compter de la fin de la seconde guerre mondiale que le don du sang est devenu bénévole, ce qui est expliqué par l'atmosphère de la Libération, portant à la générosité, et par le refus de l'État d'assumer le coût

888 Voir ainsi : C. DUPRAT, « Chapitre 1. Des Lumières au premier XIXe siècle. Voie française de la philanthropie », *in* C. BEC, C. DUPRAT, J.-N. LUC, J.-G. PETIT (dir.), *Philanthropies et politiques sociales en Europe (XVIIIe – XXe siècles)*, *op. cit.* nbp n° 887, p. 3.

889 Voir ainsi : C. BEC, C. DUPRAT, J.-N. LUC, J.-G. PETIT (dir.), *Philanthropies et politiques sociales en Europe (XVIIIe – XXe siècles)*, *op. cit.* nbp n° 887, p. VII.

890 Voir ainsi : *ibid.*, p. X ; A. LAMBELET, *La philanthropie*, Presses de Sciences Po, 2014, p. 26-28.

891 *Ibid.* Voir aussi : M. ABÉLÈS, *Les nouveaux riches. Un ethnologue dans la Silicon Valley*, Odile Jacob, 2002. Et, en droit : C. VERNIÈRES, « La philanthropie et le droit des successions », *in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Grimaldi*, Defrénois, 2020, p. 971.

892 J.-L. MARAIS, *Histoire du don en France de 1800 à 1939. Dons et legs charitables, pieux et philanthropiques*, Presses Universitaires de Rennes, 1999, p. 9-17.

893 D. FERRAND-BECHMANN, *Le bénévolat*, Juris Editions, 2014, n° 53.

894 A. BRODIEZ et B. DUMONS, « Éditorial : Faire l'histoire de l'humanitaire », *Le Mouvement Social*, vol. 227, n° 2, 2009, p. 3.

895 P. RYFMAN, *Une histoire de l'humanitaire*, La Découverte, 2008, p. 19 ; G. MASSIAH, « Humanitaires et altermondialistes », *in* B. ASTRUC (dir.), *Comprendre l'humanitaire*, Champ social, 2014, p. 14.

896 D. FERRAND-BECHMANN, *Le bénévolat*, *op. cit.* nbp n° 893, n[os] 86-90. Voir aussi, au sujet du cas particulier du secours populaire : A. BRODIEZ, « Chapitre 15. Le temps des bénévoles ? », *in* A. BRODIEZ (dir.), *Le Secours populaire français 1945-2000. Du communisme à l'humanitaire*, Presses de Sciences Po, 2006, p. 293-313.

897 M.-A. HERMITTE, *Le Sang et le Droit. Essai sur la transfusion sanguine*, Seuil, 1996, p. 69-84 ; A. LECA et N. DERNIS, « Le don de sang. Rétrospective historique et plaidoyer contre la pensée unique », *in* J. CHIARONI, D. CHEVÉ, C. BERLAND-BENHAÏM, P. LE COZ (dir.), *Le sang. Donner et recevoir*, CNRS Éditions, 2016 p. 101, spéc. p. 105-108.

de la rémunération des donneurs pour des dons dont le nombre croissait rapidement[898]. C'est sur ce modèle de don gratuit qu'ont été construits le régime des autres dons d'éléments et produits du corps humain.

490. Il n'existe aucune catégorie doctrinale correspondant à celle de l'acte de gratuité philanthropique. Les premières catégories doctrinales ayant appréhendé la gratuité philanthropique reposent sur l'idée d'affectation de biens. Plusieurs auteurs évoquent dès la fin du XIX^e^ siècle la libéralité prenant la forme de la constitution d'une fondation. Ils définissent cette dernière comme l'affectation de biens à une œuvre[899]. De même, au début du XX^e^ siècle, Josserand s'inquiète de la fréquence de ce qu'il nomme les libéralités avec affectation spéciale, qu'il définit comme les libéralités dont l'objet est affecté à un but déterminé[900]. Leur spécificité réside dans le fait que le donateur n'a pas pour intention d'avantager le donataire mais de contribuer à une œuvre que ce dernier se propose de réaliser. Mais les auteurs ne précisent pas la nature de l'œuvre à laquelle le bien est affecté. Ils n'identifient pas l'œuvre philanthropique. Or, la seule affectation de biens à une œuvre quelconque ne suffit pas à rendre intelligible l'engagement du concédant. Si l'on prend un exemple caricatural, la donation réalisée au profit d'une société avec laquelle et les associés de laquelle le concédant n'entretient aucun lien n'est pas rendue intelligible du seul fait que le bien est affecté à la réalisation de l'activité économique de la société[901]. L'affectation ne suffit pas pour présumer l'existence d'une intention bienfaisante. Seule l'affectation à une œuvre philanthropique permet de supposer que le concédant est animé par la bienfaisance philanthropique.

491. Au cours du XX^e^ siècle, plusieurs auteurs ont structuré leurs développements autour de la catégorie des libéralités à caractère collectif[902]. Celles-ci sont définies, par opposition aux libéralités à l'avantage d'une seule personne, comme les libéralités « *bénéfici*[ant] *à des personnes physiques indéterminées et non individualisées*[903] ». Cette catégorie peut délimiter

898 M.-A. HERMITTE, *Le Sang et le Droit*, *op. cit.* nbp n° 897, p. 94-118 ; A. LECA et N. DERNIS, « Le don de sang », *in* J. CHIARONI, D. CHEVÉ, C. BERLAND-BENHAÏM, P. LE COZ (dir.), *Le sang. Donner et recevoir*, *op. cit.* nbp n° 897, spéc. p. 108-111.

899 Voir *infra*, n° 497.

900 L. JOSSERAND, « Le déclin du titre gratuit et sa transformation », *in Evolutions et actualités : conférences de droit civil*, Librairie du Recueil Sirey, 1936, p. 135 et s. et 148-152.

901 Sur le financement participatif, voir *supra*, n^os^ 354-356.

902 J. BOISSON, *Les libéralités à caractère collectif*, préf. M. Grimaldi, Defrénois, 2018 ; J. FLOUR, *Cours de droit civil : licence 4^e^ année*, Les Cours de droit, 1963, p. 268 ; M. GRIMALDI, *Droit civil : libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1670.

903 J. BOISSON, *Les libéralités à caractère collectif*, *op. cit*. nbp n° 902, n° 2.

l'application de diverses règles techniques[904]. Mais le seul fait que la libéralité bénéficie à un ensemble de personnes physiques indéterminées est insuffisant pour supposer que l'auteur est animé par une intention philanthropique. Par exemple, le contrat par lequel une personne physique transfère un bien sans contrepartie à une société pourrait être qualifié de libéralité à caractère collectif. Il bénéficie à l'ensemble des associés. Mais il ne constitue pas une libéralité philanthropique : le fait que l'acte bénéficie à une pluralité d'associés ne permet pas de présumer la bienfaisance. La catégorie de la libéralité à caractère collectif n'est pas identique à celle de la libéralité philanthropique.

492. Le terme de **philanthropie** apparaît dans des écrits récents[905]. Un auteur la définit comme « *la transmission de biens au profit d'organismes caritatifs* », la « *mobilisa*[tion] *de biens privés au service de l'intérêt général et gérés par des groupements privés*[906] ». Une autrice énonce qu'elle est « *le fait d'œuvrer pour le bien commun dans le but, à long terme, de créer une meilleure société* » et, « *concrètement* », « *le fait de créer un organisme caritatif, ou philanthropique, ou de lui transférer des biens*[907] ». La philanthropie est habituellement évoquée dans des travaux d'ingénierie juridique et fiscale[908]. Elle a récemment fait l'objet d'une attention particulière dans le cadre des discussions relatives au maintien de la réserve héréditaire[909]. La philanthropie y est évoquée comme regroupant un ensemble de pratiques, mais non une catégorie juridique déterminée. En effet, aucune catégorie du droit privé ou du droit fiscal, et notamment aucune catégorie de personne morale, ne lui correspond exactement.

---

904 Ces règles résultent pour l'essentiel de la qualité de personne morale du bénéficiaire. Les auteurs évoquent habituellement la capacité des personnes morales bénéficiaires, les conséquences du principe de spécialité, lequel limite l'aptitude de certaines personnes morales à recevoir certains types de biens, et les fondations : voir par exemple M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 902, n^{os} 1673-1717. Certains ajoutent une étude du mécanisme de l'affectation de l'objet de la libéralité à l'œuvre menée par la personne morale. Voir par exemple : J. BOISSON, *Les libéralités à caractère collectif*, *op. cit*. nbp n° 902.

905 F. HARTMAN, *La notion de libéralité*, préf. A.-M. Leroyer, IRJS éditions, 2020, n° 3 ; C. VERNIÈRES, « La philanthropie et le droit des successions », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Grimaldi*, Defrénois, 2020, p. 979, n^{os} 9-15. Voir aussi, relevant l'absence de définition juridique de la philanthropie : J. BOISSON, « Une philanthropie à la française ? », *JCP N* 2019, p. 829.
Voir aussi, qualifiant d'« *ordre public philanthropique* » l'intégration de l'intégration de la dignité humaine dans l'ordre public : D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », *in Le droit privé français à la fin du XX^{e} siècle. Etudes offertes à Pierre Catala*, LexisNexis, 2002, p. 487.

906 C. VERNIÈRES, « La philanthropie et le droit des successions », *loc. cit.* nbp n° 905, p. 971, n° 1.

907 M. CHABROL, « La philanthropie », *in* C. PÉRÈS et P. POTENTIER (dir.), *La réserve héréditaire, annexes* (accessible à l'adresse : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_reserve_hereditaire_annexes.pdf), p. 96 ; C. PÉRÈS et P. POTENTIER (dir.), *La réserve héréditaire*, précité (accessible à l'adresse : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_reserve_hereditaire.pdf), n° 551.

908 Voir par exemple : Dossier « Mécénat et philanthropie », *Dr. & patr.* décembre 2020, p. 31.

909 Voir notamment : C. PÉRÈS et P. POTENTIER (dir.), *La réserve héréditaire*, cité nbp n° 907, n^{os} 551 et s.

B. ABSENCE DE CATÉGORIE PERTINENTE EN DROIT PRIVÉ ET EN DROIT FISCAL

493. Plan. Le code civil de 1804 mentionnait les libéralités philanthropiques au sein des dispositions relatives à la capacité de recevoir et à l'identité de la personne tenue d'accepter la donation (1.). Ce n'est qu'à compter du XX^{e} siècle que sont consacrées des personnes morales susceptibles de constituer des personnes philanthropes : l'association, en 1901, puis la fondation, en 1987 (2.). Enfin, la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire a identifié les entreprises de l'économie sociale et solidaire, lesquelles permettent, par comparaison, de mieux cerner les spécificités de la philanthropie (3.).

1. Le code civil de 1804
2. Le XXe siècle : l'association et la fondation
3. Le XXIe siècle : l'entreprise de l'économie sociale et solidaire

1. Le code civil de 1804

494. Les libéralités philanthropiques apparaissaient dans deux dispositions du code civil de 1804, l'une relative à la capacité de recevoir, l'autre à l'identité de la personne procédant à l'acceptation notariée de la libéralité. L'article 910 du code civil, inséré dans un chapitre relatif à la capacité de recevoir des libéralités, énonçait que les libéralités « *au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique* » étaient soumis à autorisation « *par un arrêté du Gouvernement*. » L'article 937 précisait, au sein de la section relative à la forme des donations entre vifs, que les donations effectuées au profit des mêmes personnes « *ser*[aie]*nt acceptées par les administrateurs de ces communes ou établissements, après y avoir été dûment autorisés* ».

495. L'activité philanthropique apparaît également sous la plume des auteurs. L'activité philanthropique évoquée par les auteurs semble être menée principalement par des personnes publiques, les bureaux de bienfaisance des communes notamment, et par des institutions religieuses[910].

910 Cette hypothèse est corroborée par la présence, dans certains manuels de droit civil, d'interrogations sur la validité des souscriptions au regard des exigences de forme de la donation : F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 12, Durand & Pedone Lauriel-Bruylant-Christophe et comp., 1874, n^{o} 361 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 3, 3^{e} édition, Librairie du recueil Sirey, 1940, n^{o} 1337. La souscription « *désigne parfois le versement d'argent fait* » lors de l'apposition de sa signature à titre d'engagement au bas d'un acte par le souscripteur, l'exemple en étant la « *souscription à une œuvre de bienfaisance* ». L'exemple jurisprudentiel le plus fréquent de souscription semble être celui qui bénéficie à une fabrique d'église. Josserand rejette la soumission des souscriptions au formalisme authentique au motif qu'elle « *consacrerait l'échec de la souscription dont l'accès doit être facilité* » :

496. La doctrine s'interroge sur la déterminabilité de l'identité du bénéficiaire de la libéralité faite « aux pauvres » et « aux bonnes œuvres ». La doctrine retient qu'il résulte de l'article 910 du code civil précité que la libéralité faite « *aux pauvres* » doit être interprétée en ce sens que le bénéficiaire est le bureau de bienfaisance de la commune de l'ouverture de la succession ou, dans le cas où l'intention du disposant indique qu'il entendait conférer une portée géographique plus large, le préfet du département, voire le ministre de l'intérieur. Par extension, la libéralité « *aux bonnes œuvres* » reçoit une interprétation similaire[911].

497. La doctrine a également mentionné la fondation. Les premiers commentaires du code civil évoquent la pratique des fondations pour l'entretien des ministres du culte[912]. Et à la fin du XIX^e^ siècle, les auteurs traitent, plus généralement, de la fondation au sein de l'étude des libéralités et en établissent sa définition : l'affectation définitive de biens à la réalisation d'une œuvre[913]. Mais ils ne s'attardent pas sur la nature de cette œuvre[914], susceptible de contribuer à l'identification de l'œuvre philanthropique.

498. Ces catégories sont soit trop précises, soit insuffisamment, pour être identifiées à celle de l'acte de gratuité philanthropique. L'appartenance de l'œuvre à laquelle contribue le concédant à l'une des catégories identifiées par les textes, les hospices et l'assistance aux pauvres, pourrait servir de fondement à une présomption d'intention bienfaisante animant le concédant. Mais elle ne permet pas d'identifier l'ensemble des situations de bienfaisance philanthropique : les hospices et l'assistance aux pauvres constituent une hypothèse de philanthropie mais ne la résument pas.

499. Par ailleurs, la seule affectation de biens à une œuvre quelconque ne suffit pas à rendre intelligible l'engagement du concédant. L'affectation à une œuvre ne permet pas de présumer

---

L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 3, précité, n° 1337. Sur les exigences de forme en matière de donation, voir *supra*, n° 269.

911 C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, 3^e^ édition, tome 5, Imprimerie et librairie générale de droit et de jurisprudence, 1857, § 655-656 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 2, 5^e^ édition, Librairie du recueil général des lois et des arrêts, 1895, n° 381 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 3, Pichon, 1901, n° 1417.

912 A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 4, continué par E. Colmet de Santerre, Henri Plon, 1858, n° 31 bis II ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, tome 5, *op. cit.* nbp n° 911, note 1 sous §§ 675 et 676. L'attention portée à ces fondations s'explique par l'existence d'une disposition légale les régissant : l'article 73 de la loi du 18 germinal an X.

913 Les premières études systématiques du régime des fondations apparaissent, à notre connaissance, à la toute fin du XIX^e^ siècle : G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 2, *op. cit.* nbp n° 911, n° 405 bis ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 3, *op. cit*. nbp n° 911, n° 3331 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 3, *op. cit*. nbp n° 910, n^os^ 1899 et s.

914 Josserand adopte ainsi la qualification de fondation de messes pour l'âme des testateurs. Il énonce que celles-ci « *réponde*[nt] *à un intérêt égoïste* » : L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 3, *op. cit*. nbp n° 910, n° 1900.

l'existence d'une intention bienfaisante[915]. L'affectation à une œuvre est un critère nécessaire, mais insuffisant.

2. Le XXe siècle : l'association et la fondation

500. Plan. Les critères délimitant les types d'associations (a) ou la fondation (b) ne suffisent pas à identifier la gratuité philanthropique.

a) Les associations

501. Plan. Le seul fait que le bénéficiaire d'un acte désintéressé soit une association simplement déclarée (i) ou même une association reconnue d'utilité publique (ii) ne constitue pas un élément suffisant pour présumer que le concédant est animé par la bienfaisance philanthropique. En d'autres termes, ces catégories sont plus larges que celle de la personne morale philanthrope. Quant à la catégorie des associations déclarées depuis au moins trois ans dont l'ensemble des activités est mentionné à l'article 200, 1, b du code général des impôts, elle constitue un élément suffisant, mais non nécessaire pour entraîner le jeu de la présomption (iii). Elle est plus étroite que la catégorie des personnes morales philanthropes.

i) L'association simplement déclarées

502. Au cours du XXe siècle, l'activité philanthropique a trouvé dans l'association une structure adaptée.

503. L'association n'entretient pourtant pas un lien nécessaire avec la philanthropie. L'association a été intégrée au droit positif moderne par la loi du 1er juillet 1901. Elle est définie comme « *la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices*[916] ». Il ressort de cette définition que l'association est pensée comme le mode d'organisation d'une activité collective, et notamment d'une activité intellectuelle. Les associations sont conçues comme des « *entités essentielles dans un système démocratique*[917] ».

915 Comparer, énonçant que l'intention libérale peut prendre la forme du « *désir de se survivre dans une œuvre* », sans préciser la teneur de l'œuvre : H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 4. 2. Successions - Libéralités*, 5e édition par L. Leveneur et S. Leveneur, Montchrestien, 1999, no 1414.

916 Article 1er de la loi du 1er juillet 1901.

917 CJUE, 14 janvier 2020, *Commission c. Hongrie*, aff. C78/18, pt 118. Voir aussi : L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, 8e édition, Dalloz, 2021, no 272.

L'archétype de l'association semble être le club[918] ou le cercle[919], lesquels n'ont pas pour objet principal l'accomplissement d'une œuvre philanthropique.

504. Les sociétaires peuvent constituer une association dans le seul but d'en retirer des avantages matériels, et notamment de bénéficier des économies en résultant. La Cour de cassation a retenu, dans l'arrêt *Caisse rurale de Manigod*[920], que le fait pour un groupement d'avoir pour finalité de faire bénéficier à ses membres d'économies, en l'espèce en les faisant bénéficier de prêts émis par le groupement à taux réduits, ne suffisait pas à lui ôter la qualification d'association[921]. Il n'est pas interdit aux associations d'avoir pour finalité de réaliser du profit pécuniaire[922]. Surtout, l'association peut avoir pour finalité de procurer des avantages à ses membres. Seule est interdite la distribution de bénéfices.

505. Le seul fait que le bénéficiaire d'un acte désintéressé est une association ne suffit pas pour présumer que le concédant est motivé par la bienfaisance philanthropique. Le corollaire de la liberté d'association est la généralité des termes de sa définition et de celle de sa finalité. L'association constitue donc une structure possible pour l'accomplissement d'une œuvre philanthropique. Mais une association peut également se donner un but absolument étranger à toute œuvre philanthropique. L'engagement du concédant n'est pas rendu intelligible du seul fait qu'il profite à une association.

506. Et un acte désintéressé peut relever de la gratuité philanthropique même s'il bénéficie à une personne autre qu'une association. D'une part, l'acte de gratuité philanthropique peut être isolé. Il ne s'inscrit pas nécessairement au soutien d'une œuvre philanthropique exercée par une personne morale. D'autre part, l'œuvre philanthropique peut être exercée dans le cadre de structures autres que l'association. Notamment, la fondation peut mener des œuvres philanthropiques. L'affectation de l'avantage conféré à l'œuvre

---

918 *TLFi*, V° Club : « *Société où l'on s'entretenait des affaires publiques ou de questions philosophiques et politiques*. »

919 *TLFi*, V° Cercle, II, B : « *Association de personnes réunies pour des distractions communes ou des activités intellectuelles, artistiques et politiques communes*. »

920 Ch. réunies, 11 mars 1914, *D*. 1914. 1. 257, note SARRUT.

921 La loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 a précisé que les associés pouvaient avoir pour finalité, en constituant une société, non seulement de « *partager le bénéfice* » produit par la mise en commun de leurs biens et de leur industrie, mais également « *de profiter de l'économie qui pourra en résulter* » (article 1832 du code civil). Cet ajout n'a pas modifié la notion d'association : elle peut toujours avoir pour but de faire réaliser des économies à ses membres. Autrement dit, à l'intention de s'associer pour mener une activité commune afin de profiter de l'économie qui pourra en résulter correspondent également la société et l'association.

922 Sur toutes ces questions, voir par exemple : P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 9e édition, LGDJ-Lextenso éditions, 2022, n° 263 ; Y. GUYON, *Droit commercial général et sociétés*, *op. cit.* nbp n° 800, n° 115.

philanthropique peut rendre intelligible l'acte désintéressé consenti au profit de personnes autres que des associations, et notamment des personnes physiques, des fondations ou des sociétés.

ii) L'association reconnue d'utilité publique

507. Toutes les associations reconnues d'utilité publique ne mènent pas une œuvre philanthropique. La loi du 31 juillet 1901 a prévu que certaines associations peuvent être reconnues d'utilité publique[923]. Elle a ainsi consacré une pratique du pouvoir réglementaire lequel a conféré, tout au long du XIX^e^ siècle, la capacité juridique à des groupements de personnes. À la reconnaissance d'utilité publique est associée, notamment, une capacité de recevoir plus étendue pour les associations. À première vue, l'association reconnue d'utilité publique pourrait apparaître comme l'archétype des personnes susceptibles de susciter de la bienfaisance philanthropique, d'autant que la plupart des principales œuvre philanthropiques, et notamment humanitaires, sont accomplies par des associations reconnues d'utilité publique.

508. La loi ne définit pas les conditions auxquelles une association peut se voir reconnue d'utilité publique. Il ressort de la jurisprudence et des analyses du Conseil d'État que peuvent être reconnues d'utilité publique les associations d'intérêt général[924] se prévalant d'un rayonnement important, d'un grand nombre d'adhérents et d'une stabilité financière[925]. La reconnaissance d'utilité publique peut récompenser « *la notoriété et l'honorabilité de l'association* ». Elle est, par exemple, octroyée aux associations d'anciens élèves de grands lycées[926]. Elle l'est également à nombre d'organisations charitables cultuelles[927]. Aucune des conditions sanctionnées par le Conseil d'État n'impose que l'association exerce une œuvre qui

923 Article 10 de la loi du 1er juillet 1901.

924 CE, 23 mars 1998, n° 180962, *Union nationale des associations pour la défense des familles et de l'individu (U.N.A.D.F.I.)* ; CAA Paris, 10 décembre 2020, n° 18PA03178, *Fédération des autonomes de solidarité de l'enseignement public et laïc (FASEPL)*. Ne peut être reconnue d'utilité publique une association dont une partie de l'objet est contraire à une mission d'intérêt public reconnue comme telle par la loi. Ainsi, une association ayant pour objet partiel la protection d'espèces nuisibles et l'opposition à la pratique de la chasse a un objet contraire à la mission d'intérêt public de développement de la pratique de la chasse et au droit, consacré par le code rural et de la pêche maritime, de chacun de détruire les espèces d'animaux malfaisants ou nuisibles, et ne peut être reconnue d'utilité publique : CE, avis, Intérieur, 9 juillet 2003, n° 369302, *Ligue pour la préservation de la faune sauvage et la défense des non-chasseurs*, cité par Conseil d'État, *Recueil de jurisprudence sur les statuts types des associations reconnues d'utilité publique*, 1er janvier 2020, p. 19.

925 Conseil d'État, *Les associations reconnues d'utilité publique*, La Documentation française, 2001, p. 18 (accessible à l'adresse : https://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/asso_utilite_public.pdf).

926 Rapport Associations reconnues d'utilité publique, p. 17-18.

927 Voir la liste des associations reconnues d'utilité publique au 1er avril 2021 et la date de leur reconnaissance d'utilité publique (accessible à l'adresse : https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/associations-reconnues-d-utilite-publique/).

profite à des personnes autres que ses membres. Or, la philanthropie implique, selon nous, de faire le bien d'autrui. L'association constituée par un groupe de personnes dans leur intérêt exclusif ne mène aucune œuvre philanthropique. Par exemple, une association constituée par les usagers du réseau de transport francilien pour défendre l'adoption de mesures propres à maintenir et à améliorer la qualité de ce réseau ne mène pas une œuvre philanthropique : les usagers ont pour finalité la défense de leur propre intérêt. Elle pourrait être reconnue d'utilité publique si le Conseil d'État retenait qu'elle se prévaut d'un rayonnement important et d'un nombre d'adhérents suffisants.

509. Or, nous pensons que l'œuvre n'est philanthropique qu'à la condition d'être dirigée vers des tiers, de ne pas avantager ceux qui y contribuent, mais qu'elle peut ne bénéficier qu'à un cercle restreint de personnes, voire d'une seule personne. Seuls les critères d'identification de cette personne sont déterminants : si la personne est avantagée en considération de son humanité et non de son identité, l'acte peut relever de la gratuité philanthropique. Ainsi, l'œuvre consistant dans l'assistance procurée à quelques personnes ou à une seule personne en raison de leur handicap particulier relève de la philanthropie. Le seul fait qu'un acte désintéressé soit accompli au profit d'une association reconnue d'utilité publique ne permet pas de supposer que le concédant est animé par une intention philanthropique.

iii) L'association dont l'ensemble des activités est mentionné au b du 1 de l'article 200 du code général des impôts

510. Le législateur a créé en 1987 une nouvelle catégorie d'associations, les associations déclarées depuis au moins trois ans dont l'ensemble des activités est mentionné à l'article 200, 1, b du code général des impôts. La loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat a conféré aux associations ayant « *pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale* » la capacité de recevoir des libéralités[928]. Ces dispositions ont été modifiées par la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire[929]. Elles visent désormais les associations déclarées depuis au moins trois ans et « *dont l'ensemble des activités est mentionné au b du 1 de l'article 200 du code général des impôts*[930] ».

928 Article 6, alinéa 2 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, en sa rédaction issue de la loi nº 87-571 du 23 juillet 1987 et antérieure à celle issue de la loi nº 2014-856 du 31 juillet 2014.

929 Sur laquelle voir *infra*, nº 519.

930 Article 6, alinéa 2 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, en sa rédaction issue de la loi nº 2014-856 du 31 juillet 2014.

511. L'article 200, 1, b vise les organismes d'intérêt général dont l'activité est mentionnée parmi les éléments d'une longue liste d'activités. L'article 200 du code général des impôts est celui qui prévoit une réduction d'impôt sur le revenu au titre de certains dons réalisés par les contribuables. L'article 200, 1, b vise les dons au profit « *D'œuvres ou d'organismes d'intérêt général ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel, ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, notamment à travers les souscriptions ouvertes pour financer l'achat d'objets ou d'œuvres d'art destinés à rejoindre les collections d'un musée de France accessibles au public, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises*[931] ».

512. Est d'intérêt général l'organisme qui n'exerce pas d'activité lucrative, dont la gestion est désintéressée et qui ne s'adresse pas à un cercle restreint de personnes[932]. La doctrine administrative énonce qu'un organisme est « *d'intérêt général* » s'il satisfait trois conditions : il n'exerce pas d'activité lucrative au sens des dispositions relatives au champ d'application de l'impôt sur les sociétés, il fait l'objet d'une gestion désintéressée, et il ne fonctionne pas au profit d'un cercle restreint de personnes[933].

513. Selon la doctrine administrative, **fonctionne au profit d'un cercle restreint de personnes** l'organisme qui « *poursuit des intérêts particuliers d'une ou plusieurs personnes clairement individualisables, membre(s) ou non de l'organisme*[934] ». Le Conseil d'État a précisé qu'un don à une association d'anciens élèves ne satisfait pas les conditions de l'article 200, 1, b du code général des impôts car son « *objet principal est la défense des intérêts matériels et moraux du cercle restreint de ses membres et la création de liens de solidarité entre eux*[935] ».

---

931 L'énumération de l'article 200, 1, b, qui met sur le même plan l'œuvre à caractère philanthropique et l'œuvre à caractère éducatif, social ou humanitaire, pourrait exclure que l'œuvre philanthropique constitue une catégorie générale englobant la totalité des activités entreprises pour le bien des êtres humains. En ce sens : J. BOISSON, « La réserve héréditaire en lien avec les libéralités philanthropiques », *in* C. PÉRÈS et P. POTENTIER (dir.), *La réserve héréditaire, annexes*, p. 71.

932 CE, 7 février 2007, nº 287949, *Société des anciens élèves de l'Ensam* ; *Dr. fisc.* 2007, p. 881, concl. E. GLASER ; Com., 6 décembre 2016, nº 15-19.966, *Bull. civ.* IV, nº 151.
Sur les difficultés d'application de ce critère : R. VABRES, « Retour sur les notions d'intérêt général et de cercle restreint de personnes », *JCP N* 2017, p. 1007.

933 BOI-IR-RICI-250-10-10 du 10 mai 2017, nº 80.

934 *Ibid.*, nº 130.

935 CE, 7 février 2007, nº 287949, *Société des anciens élèves de l'Ensam* ; *Dr. fisc.* 2007, p. 881, concl. E. GLASER. Voir aussi, jugeant que l'Union sociale maritime, financée par des entreprises et destinée à « *assurer le service social* » de celles-ci, « *ne s'adressait qu'à des bénéficiaires définis exclusivement par leur appartenance à une profession déterminée* » et déduit qu'elle « *n'était pas un organisme d'intérêt général* [...] *en raison du caractère restreint de la définition du public des bénéficiaires de ses prestations* » : CE, 16 mars 2011, nº 329945, *Association Union sociale maritime* ; *Dr. fisc.* 2011, p. 346,

514. Sont **dépourvus de but lucratif** les organismes dont, d'une part, la gestion est désintéressée, et, d'autre part, les services ne sont pas offerts en concurrence dans la même zone géographique d'attraction avec ceux proposés au même public par des entreprises commerciales exerçant une activité identique[936].

515. La définition de la **gestion désintéressée** repose sur plusieurs critères. Les dirigeants doivent être bénévoles ou l'organisme doit rémunérer au maximum trois dirigeants, dans une limite de montant. L'organisme ne doit procéder à aucune distribution directe ou indirecte de bénéfice. Les membres ne doivent recevoir directement ou indirectement aucun élément de l'actif[937].

516. Les critères de définition de la catégorie des associations déclarées depuis au moins trois ans dont l'ensemble des activités est mentionné à l'article 200, 1, b du code général des impôts sont trop restrictifs pour que cette catégorie résume l'acte de gratuité philanthropique. Le critère du cercle restreint de personnes n'est pas pertinent. Un acte de gratuité philanthropique ou une œuvre philanthropique peut être dirigée vers un cercle restreint de personnes, voire vers une seule personne. De même, la condition de durée d'existence est dénuée de pertinence pour l'appréciation de l'existence de la bienfaisance philanthropique.

---

concl. P. COLLIN. Voir aussi, énonçant que « *les associations dont l'objet social consiste, comme cela est généralement le cas des associations d'anciens combattants, en la défense des intérêts matériels et moraux de leurs membres ne présentent pas un caractère d'intérêt général* » de sorte qu'elles ne constituent pas des organismes d'intérêt général au sens de l'article 200, 1, b du code général des impôts : Réponse ministérielle n° 39237, JOAN, 27 juillet 2004, p. 5810.

936 Les critères de l'absence de but lucratif et de la gestion désintéressée sont définis par l'administration fiscale par référence aux articles relatifs au champ d'application des impôts commerciaux : impôt sur les sociétés, taxe sur la valeur ajoutée (TVA), cotisation foncière des entreprises (CFE) et cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE) : BOI-IR-RICI-250-10-10 du 10 mai 2017, précité, n° 100. Le texte fait référence au BOI-IS-CHAMP-10-50 du 12 septembre 2012 relatif au champ d'application des impôts commerciaux. Ces articles visent en effet les critères du but lucratif et de la gestion désintéressée. Par exemple, l'impôt sur les sociétés s'applique ainsi à « *toutes personnes morales se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif* » (article 206, 1 du code général des impôts). En sont exclues certaines associations et fondations lorsque leur gestion est désintéressée et le volume de leurs activités lucratives modéré (article 206, 1 bis du même code). Voir aussi : CE, 1er octobre 1999, n° 170289, *Association Jeune France*, publié ; CE, 7 juin 2017, n° 383048, *Commune de Gouvieux,* mentionné ; CE, 7 décembre 2016, n° 389299, *Association des utilisateurs et distributeurs de l'agrochimie européenne (AUDACE)* ; BOI-IS-CHAMP-10-50-10-10 du 21 avril 2021, n° 30.

937 La gestion désintéressée est définie par les dispositions relatives au champ d'application de la TVA : article 261, 7, 1°, d ; BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20 du 7 juin 2017. Est désintéressée la gestion de l'hospice par une congrégation, « *conduite à tous les échelons dans un esprit largement désintéressé* » et ne tendant « *ni directement, ni indirectement, à procurer des avantages matériels ou autres aux dirigeants ou à des personnes autres que les malades admis* » dans l'établissement, l'excédent de recettes étant investi dans le fonctionnement de l'établissement : CE, 26 avril 1965, n° 61743, *Établissements de la congrégation des Dames de Saint-Thomas de Villeneuve*. N'est pas désintéressée la gestion d'une association permettant à une société dirigée par le président de l'association de développer sa clientèle : CE, 7 décembre 2016, n° 389299, *Association des utilisateurs et distributeurs de l'agrochimie européenne (AUDACE)*.

b) Les fondations

517. L'acte accompli au profit d'une fondation constitue un acte de gratuité philanthropique, mais la gratuité philanthropique ne se limite pas à celui-ci. La fondation est une institution ancienne, remontant au droit romain[938]. Elle n'était toutefois pas connue du droit positif moderne[939] et n'a été réglementée que par la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat, qui l'a définie comme « *l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif*[940] ».

518. L'activité de la fondation nous semble constituer l'archétype de l'œuvre philanthropique. L'acte désintéressé consenti au profit d'une fondation, de même que l'acte de fondation, peuvent dès lors être présumés avoir été inspiré par une intention bienfaisante. Mais l'acte de gratuité philanthropique ne se limite pas à celui accompli au profit d'une fondation.

3. Le XXIe siècle : l'entreprise de l'économie sociale et solidaire

519. En principe, les entreprises de l'économie sociale et solidaire ne mènent pas d'œuvre philanthropique. L'économie sociale et solidaire a été définie par une loi du 31 juillet 2014. Elle regroupe les groupements constitués dans l'intérêt de leurs membres qui, par leur mode d'entreprendre, mènent une activité revêtant une utilité sociale au sens de la loi. D'une part, relèvent de l'économie sociale et solidaire, notamment, les mutuelles et les coopératives[941]. Les mutuelles, introduites en droit positif par une loi du 1er avril 1898, ont pour objet d'agir « *dans l'intérêt de* [leurs membres] *et de leurs ayants droits, une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide,* […] *afin de contribuer au développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres et à l'amélioration de leurs conditions de vie*[942] ». Les sociétés coopératives, qui résultent d'une loi du 10 septembre 1947, ont pour but de « *satisfaire* [aux] *besoins économiques ou sociaux* [de leurs associés] *par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires*[943] ». D'autre part, appartiennent à l'économie sociale et solidaire les sociétés qui, tout en recherchant la réalisation de bénéfice ou d'économie, poursuivent une utilité sociale au sens de la loi[944]. Poursuivent une utilité sociale les entreprises qui ont pour

938 J. BOISSON, *Les libéralités à caractère collectif, op. cit.* nbp n° 10, n° 2.
939 H. SOULEAU, *L'acte de fondation en droit français*, th. Paris, 1969, n° 6.
940 Article 18 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat.
941 Article 1, II, 1° de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.
942 Article L. 111-1 du code de la mutualité.
943 Article 1 de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération.
944 Article 1, II, 2° de la loi du 31 juillet 2014.

objet d'apporter un soutien à des personnes en situation de fragilité, de contribuer à la lutte contre les exclusions et les inégalités, ou concourent au développement durable[945].

520. Les entreprises de l'économie sociale et solidaire ne mènent pas une œuvre ayant pour but exclusif d'améliorer les conditions de vie d'autrui. Elles adoptent un « *mode d'entreprendre* », défini par le biais de principes de gestion et de « *bonnes pratiques* ». Celles-ci recouvrent notamment le fait d'assurer la pérennité de l'activité en réinvestissant plus de la moitié des bénéfices, de prendre en compte les intérêts de toutes les personnes concernées par l'adoption d'un processus décisionnaire démocratique, d'une politique sociale juste, et de mesures favorables à l'égalité entre les hommes et les femmes, et de prendre en compte les conséquences sociales, environnementales et locales de l'activité de l'entreprise[946]. Ainsi, l'économie sociale et solidaire recouvre les entreprises qui poursuivent une finalité intéressée tout en prenant en considération les conséquences de leur activité sur les personnes et les environnements concernés.

521. Les dispositions relatives à l'économie sociale et solidaire mettent en évidence les éléments qui distinguent une œuvre philanthropique de l'activité économique d'utilité sociale. L'œuvre n'est pas philanthropique lorsqu'elle est dirigée vers les membres et a pour finalité de leur procurer des avantages, peu important que ceux-ci prennent la forme de biens et de services et non de distribution de dividendes. Elle ne l'est pas, encore, lorsqu'elle est dirigée vers des tiers mais qu'elle tend à réaliser des bénéfices. Cette catégorie contribue à définir, en creux, l'œuvre philanthropique.

§2. CRITÈRES DE L'ŒUVRE PHILANTHROPIQUE

522. Aucune catégorie préexistante ne peut être assimilée à celle des actes de gratuité philanthropique. Les actes de gratuité philanthropique sont les actes désintéressés rendus intelligibles par des éléments objectifs permettant de présumer que le concédant est animé par une intention philanthropique. D'aucune des catégories préexistantes il ne peut être affirmé que tous les actes et seuls les actes relevant d'une ou de plusieurs de ces catégories sont rendus intelligibles par une présomption d'intention philanthropique.

945 Article 2 de la loi du 31 juillet 2014. Voir aussi *infra*, n° 526.

946 Articles 1 et 3 de la loi. On peut donc la rapprocher de l'investissement éthique, défini comme « *le fait pour une personne de placer des capitaux d'une manière conforme à ses valeurs* », les investisseurs « *poursuivant des fins à la fois financières et extra-financières* » (É. FORGET, *L'investissement éthique. Analyse juridique*, préf. I. Riassetto, Presses universitaires de Strasbourg, 2015, n^{os} 43 et 47). Voir aussi : Dossier « Éthique et entreprise », *Dr. & patr*. juillet 2022.

523. Les critères de définition de certaines personnes morales sont trop larges. Autrement dit, le seul fait qu'un acte ait été accompli au profit d'une de ces personnes – association simplement déclarée, association reconnue d'utilité publique – ne suffit pas à présumer que le concédant est animé par la bienfaisance philanthropique. D'autres sont trop étroits : les actes désintéressés accomplis au profit de certaines personnes morales – association déclarée depuis au moins trois ans et dont l'ensemble des activités est mentionné à l'article 200, 1, b du code général des impôts, fondation – peuvent être qualifiés d'actes de gratuité philanthropique, mais ils ne comprennent pas l'ensemble de la catégorie.

524. Il y a donc lieu de rechercher, au-delà des catégories, des éléments propres à constituer le faisceau d'indices objectifs permettant de présumer l'existence de l'intention bienfaisante ou au contraire de l'écarter. Les critères des différentes catégories envisagées, et les raisons pour lesquelles ces catégories ont paru inadaptées, constituent des pistes pour identifier les éléments objectifs permettant de présumer l'existence de la bienfaisance philanthropique.

525. Plan. La présomption d'intention bienfaisante résulte, selon nous, de la caractérisation d'une activité procurant un avantage à des hommes et des femmes en raison de leur appartenance à l'humanité (A.) et d'un désintéressement de ses auteurs (B.).

A. L'avantage procuré
B. Le désintéressement

A. L'AVANTAGE PROCURÉ

526. La mention de l'œuvre dans l'une des listes relatives aux œuvres d'intérêt général ou d'utilité sociale constitue un indice de la qualification de l'œuvre philanthropique. Plusieurs dispositions du droit civil et fiscal identifient les œuvres philanthropiques au moyen de listes. Les dispositions du code civil isolent « *l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale*[947] » et l'activité « *des établissements de santé, des établissements sociaux et médico-sociaux ou d'établissements d'utilité publique*[948] ». Anciennement, elles mentionnaient les donations « *au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique*[949] ». L'article 200, 1, b du code général des impôts vise les

947 Article 6 de la loi du 1er juillet 1901.
948 Article 910 du code civil, pris en sa rédaction issue de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009.
949 Article 910 du code civil, pris en sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

œuvres à caractère « *philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel, ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique* […] *à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises*[950] ». Enfin, l'article 2 de la loi relative à l'économie sociale et solidaire énonce que caractérise une activité d'utilité sociale celle qui a pour objet d'apporter « *un soutien à des personnes en situation de fragilité soit du fait de leur situation économique ou sociale, soit du fait de leur situation personnelle*[951] », ou qui a « *ont pour objectif de contribuer à la lutte contre les exclusions et les inégalités sanitaires, sociales, économiques et culturelles, à l'éducation à la citoyenneté*[952] » ou « *concourent au développement durable dans ses dimensions économique, sociale, environnementale et participative, à la transition énergétique ou à la solidarité internationale*[953] ».

527. L'œuvre philanthropique permettant de présumer l'intention libérale du bénéficiaire est celle que le concédant estime être menée pour le bien de l'humanité. Nous cherchons à définir l'œuvre philanthropique afin d'établir l'élément objectif susceptible de présumer l'intention bienfaisante, c'est-à-dire l'intention de faire le bien d'hommes ou de femmes au seul motif de leur appartenance à l'humanité. Les œuvres listées par le droit fiscal ou la loi relative à l'économie sociale et solidaire nous paraissent correspondre à cette définition. Mais d'autres pourraient également permettre de présumer l'intention bienfaisante. De surcroît, l'œuvre ne peut être philanthropique qu'à la condition qu'elle ne procure pas d'avantage à ceux qui y contribuent.

950 L'article 200 du code général des impôts, relatif au crédit d'impôt sur le revenu au titre des dons au profit d'organismes sans but lucratif, et l'article 238 bis du code général des impôts, relatif au crédit d'impôt sur les sociétés au même titre, contiennent d'autres dispositions listant des œuvres susceptibles d'être qualifiées de philanthropiques. Ils mentionnent l'activité des établissements d'enseignement supérieur (articles 200, 1, c et 238 bis, 1, c), la création ou de la présentation d'œuvres artistiques (articles 200, 1, f et 238 bis, 1, e), l'activité des associations cultuelles (articles 200, 1, e et 238 bis, 1, b), des associations œuvrant au pluralisme de la presse (article 200, 1, f bis) ou à la sauvegarde des biens culturels contre les conséquences d'un conflit armé (article 200, 6). Sont également mentionnés les dons des personnes physiques au profit des associations de financement électorales et des partis et groupements politiques (article 200, 3).

951 « […] *et particulièrement de leur état de santé ou de leurs besoins en matière d'accompagnement social ou médico-social* » : article 2 de la loi économie sociale et solidaire, 1°.

952 « […] *notamment par l'éducation populaire, à la préservation et au développement du lien social ou au maintien et au renforcement de la cohésion territoriale* » : *ibid*., 2°.

953 « […] *sous réserve que leur activité soit liée à l'un des objectifs mentionnés aux 1° et 2°* » : *ibid*., 3°.

B. LE DÉSINTÉRESSEMENT

528. L'œuvre doit avoir pour objet d'avantager des personnes tierces à ses fondateurs, ses membres et ses gérants. La gratuité se distingue de la solidarité. Elle s'inscrit dans le cadre de la charité, qui, caractéristique de la compassion sans réciprocité, pousse à donner sans rien attendre en retour, divise le monde entre ceux qui donnent sans recevoir et ceux qui reçoivent sans rien donner[954].

529. L'œuvre ne peut avoir pour objet de fournir des biens ou des services à ses créateurs ou ses gérants. L'œuvre qui a pour objet de fournir des biens ou des services aux personnes qui l'ont créée ou qui la mènent ne constitue pas une œuvre philanthropique. Ses fondateurs, ses membres ou ses gérants n'ont pas pour finalité de faire le bien d'autrui, mais d'obtenir des avantages d'une activité collective. Ainsi, l'œuvre menée par une entreprise de l'économie sociale et solidaire peut être d'utilité sociale mais n'est jamais philanthropique.

530. De même, l'œuvre qui consiste dans la défense des intérêts de ses fondateurs, de ses membres ou de ses gérants ne constitue pas une œuvre philanthropique. La solution n'est pas évidente. L'association d'anciens combattants constitue un exemple caractéristique[955]. Une association constituée par des anciens combattants a pour finalité la défense des intérêts matériels et moraux de ses membres. Elle ne mène pas une œuvre philanthropique car son œuvre n'est pas désintéressée. En d'autres termes, les membres ne se sont pas associés afin d'assurer le bien d'autres hommes et femmes, mais dans le seul but d'améliorer leur propre situation. Mais l'œuvre d'une association dont les membres ne sont pas des anciens combattants qui aurait pour finalité de procurer des avantages à des anciens combattants pourrait être qualifiée de philanthropique[956]. Ainsi, ne peut relever de la philanthropie qu'un seul mode d'activité : celui

954 A. SUPIOT, *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*, 2015, p. 12-13.

955 Une réponse ministérielle a ainsi écarté une association d'anciens combattants du bénéfice des dispositions relatives au mécénat, retenant que « *les associations dont l'objet social consiste, comme cela est généralement le cas des associations d'anciens combattants, en la défense des intérêts matériels et moraux de leurs membres ne présentent pas un caractère d'intérêt général* » (Réponse ministérielle n° 39237 : JOAN, 27 juillet 2004, p. 5810).

956 Notons que cette solution nous paraît propre à justifier les arrêts du Conseil d'État relatifs au critère du cercle restreint de personnes. Dans deux arrêts relatifs respectivement à une association d'anciens élèves et à l'Union sociale maritime, le Conseil d'État a exclu l'application des dispositions relatives au crédit d'impôt au titre du mécénat en tirant argument du fait que l'activité des organismes s'adressait à un cercle restreint de personnes (voir *supra*, n° 935). La doctrine a critiqué ces solutions, et en particulier celle relative à l'Union sociale maritime. Les activités de ces organismes bénéficiant à plusieurs milliers de membres, retenir qu'elles ne concernaient qu'un « *cercle restreint de personnes* » a rendu imprévisible l'application de ce critère (F. DEBOISSY et G. WICKER, note sous Com., 6 décembre 2016, *Dr. fisc.* 2017, comm. 225, n° 14). Mais il nous apparaît qu'en toute hypothèse, ces organismes pouvaient être écartés du champ du mécénat au motif qu'ils ne mènent pas une œuvre désintéressée mais ont pour seule finalité de

dans lequel le bénéficiaire de l'œuvre n'est impliqué ni dans sa création, ni dans sa gestion. Elle exclut ainsi toute forme d'activité autogérée.

531. En conséquence, seule une personne morale désintéressée peut mener une œuvre philanthropique. La personne morale désintéressée est caractérisée, en droit fiscal, par la réunion de trois critères[957]. Elle suppose, en premier lieu, la poursuite d'un but non lucratif, c'est-à-dire que les membres ne retirent aucun avantage, pécuniaire ou en nature, bénéfice ou économie, autre que la simple satisfaction de contribuer à l'œuvre philanthropique[958]. Elle requiert, en deuxième lieu, l'adoption de relations normales avec ses dirigeants, c'est-à-dire que la rémunération versée aux dirigeants doit constituer la contrepartie d'un travail fourni et son montant doit être objectivement et subjectivement équivalent à la valeur du travail fourni[959]. En troisième lieu, la personne morale doit ne pas avoir pour objet de défendre les intérêts de ses membres ou des dirigeants. Ces critères nous paraissent pouvoir être étendus pour délimiter, en droit civil la personne morale désintéressée susceptible d'exercer une œuvre philanthropique.

532. Conclusion du chapitre second. Les motifs des parties sont inaccessibles. Il est impossible de déterminer avec précision et certitude les motivations de celui choisit de procurer

---

procurer des avantages à leurs membres. Peu importerait, dès lors, que leur activité s'adresse ou non à un cercle restreint de personnes.

957 Voir *supra*, n° 514.

958 Les termes de lucre ou de profit sont attachés dans le langage commun à l'argent. Mais ils désignent originellement tout avantage susceptible d'être retiré d'une activité : A. SUPIOT, « Les mésaventures de la solidarité civile (pacte civil de solidarité et systèmes d'échanges locaux) », *Droit social*, 1999 p. 1970. Cette ambiguïté trouve sa source dans la pluralité de définitions de l'adjectif lucratif. Si la définition première est générale, et évoque des profits pécuniaires et matériels, la deuxième définition est plus restrictive, et ne mentionne que les profits pécuniaires : « *Qui procure un bien, des profits (pécuniaires ou matériels), des bénéfices; qui procure des avantages financiers* » : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* nbp n° 844, V° Lucratif.
En droit fiscal, l'organisme sans but lucratif est celui dont la gestion est désintéressée et dont les services ne sont pas offerts en concurrence dans la même zone géographique d'attraction avec ceux proposés au même public par des entreprises commerciales exerçant une activité identique : voir *supra*, n° 514. La doctrine civiliste n'est pas aussi précise. Pour certains, est à but non lucratif la personne morale qui ne distribue pas de bénéfices sous forme de somme d'argent : D. HIEZ, « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », *Rev. sociétés* 2012, p. 671 ; É. ALFANDARI (dir.), *Associations*, Dalloz, 2000, n^{os} 2202 et 2206. Pour d'autres, la non-lucrativité est plus exigeante : elle réside dans le désintéressement de la personne morale et de ses membres : H. BLAISE, « Esquisse de quelques idées sur la place des associations dans l'activité économique », *Études offertes à Roger Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 41 ; J.-M. DO CARMO SILVA, « Les associations et le commerce au regard du droit commercial », *LPA* 7 juillet 1995, p. 21, n° 12. Voir aussi : Y. GUYON, « De la distinction des sociétés et des associations dans la loi du 4 janvier 1978 », *in Études offertes à Pierre Kayser*, tome 1, PUAM, 1979, p. 483, spéc. n° 25 ; J.-F. KAMDEM, « Réflexions sur le registre du commerce et les associations exerçant une activité économique », *D.* 1995, chron. 213, n° 2.

959 En droit fiscal, on l'a vu (voir *supra*, n° 515), le critère de la gestion désintéressée est plus précis. Il requiert que les organismes ne rémunèrent que trois dirigeants au maximum, pour des sommes inférieures à un montant fixé par le code général des impôts. L'application d'une telle condition n'est pas nécessaire : dès lors que les prestations reçues par les dirigeants constituent une rémunération équivalente au travail fourni, la gestion peut être qualifiée de désintéressée.

un avantage à autrui sans recevoir de contrepartie équivalente en s'engageant dans un contrat désintéressé. Mais des éléments objectifs sont susceptibles de guider le juge dans son appréciation de l'existence de cette intention bienfaisante.

533. L'intention bienfaisante peut résulter, en premier lieu, de l'existence d'une relation d'affection entre le concédant et le bénéficiaire. Celle-ci s'évince de liens de famille juridiquement reconnus et d'éléments factuels tels que la cohabitation, la fréquentation régulière ou l'échange de témoignages d'affection. Dans la grande majorité des contrats à titre gratuit, la relation d'affection est entretenue par les deux personnes parties au contrat. Occasionnellement, les parties au contrat ne sont pas des personnes physiques, susceptibles d'entretenir des relations d'affection, mais des personnes morales dans lesquelles ces personnes physiques jouent un rôle déterminant. Pour qu'un acte consenti par ou au profit d'une personne morale soit jugé valable et qualifié de contrat à titre gratuit, il est nécessaire de dépasser la personne morale pour aller rechercher la relation d'affection entretenue par ses membres personnes physiques. Il s'en infère que la relation d'affection peut être recherchée, au-delà du concédant et du bénéficiaire immédiat, entre le concédant effectif et le bénéficiaire effectif de l'acte.

534. En second lieu, la bienfaisance peut être philanthropique et prendre la forme de l'intention du concédant de faire le bien de l'humanité. Il n'existe pas en droit positif, de catégorie de l'œuvre philanthropique. L'œuvre philanthropique nous semble devoir être définie comme celle faisant le bien d'autrui en lui procurant un avantage, sans que les membres de la personne morale ou les contributeurs de l'œuvre n'en retirent eux-mêmes un intérêt.

535. Conclusion du titre second. L'adoption de la conception bienfaisante de la gratuité suppose de dépasser les analyses de la doctrine majoritaire selon lesquelles celle-ci ne peut faire l'objet d'une délimitation, ne peut être caractérisée avec certitude. Des éléments objectifs sont propres à convaincre l'observateur extérieur, et tout particulièrement le juge, de l'existence ou de l'absence d'une intention bienfaisante.

536. Au stade de l'analyse de l'élément matériel, la recherche par le concédant d'un intérêt personnel, même extérieur à l'acte, exclut la gratuité. La recherche de l'avantage attendu par le concédant extérieur à l'acte peut être facilitée par une meilleure appréhension des types d'avantages susceptibles d'être reçus. Ceux-ci peuvent s'inscrire dans une opération ponctuelle ou au contraire dans un modèle économique plus vaste. Ils peuvent être attendus du cocontractant bénéficiaire de l'avantage ou d'un tiers. Ils peuvent également être immédiats ou

futurs, voire purement éventuels. De plus, la portée de l'existence d'un tel avantage doit être appréciée au regard de son équivalence, objective et subjective, avec l'avantage reçu par le concédant. Seul l'avantage subjectivement et objectivement équivalent exclut la gratuité.

537. La recherche de l'élément moral, de l'intention bienfaisante, est précisée par l'identification de deux grandes catégories de situations dans lesquelles cette intention bienfaisante est susceptible d'être présumée. D'une part, le concédant entretenant une relation d'affection avec le bénéficiaire peut être présumé avoir été motivé par l'intention de le préférer à lui-même. Cette analyse doit être étendue à l'hypothèse dans laquelle les parties à la relation d'affection ne sont que membres de la personne morale partie au contrat désintéressé. D'autre part, l'affectation de l'avantage à une œuvre philanthropique, laquelle a pour objet d'améliorer la situation des êtres humains, permet de supposer que le concédant a été animé par une intention bienfaisante à l'égard de ses semblables.

538. Conclusion de la première partie. La conception abstraite de la gratuité, celle qui repose sur le seul déséquilibre objectif et subjectif des prestations et admet la « gratuité » intéressée, nous paraît devoir être écartée. Elle n'a été adoptée que tardivement, en contrariété avec les termes du code civil de 1804. Elle repose sur des présupposés axiologiques implicites et contestables, ceux d'un individualisme et d'un rationalisme indépassable de l'être humain. Surtout, elle donne une représentation erronée du droit positif. Les motifs intéressés ou bienfaisants du concédant sont essentiels pour la qualification de l'acte : l'acte intéressé n'est pas gratuit. De plus, seuls l'intérêt ou la bienfaisance sont susceptibles de fonder l'intelligibilité de l'engagement du concédant et, par voie de conséquence, sa validité. Enfin, ce sont le désintéressement et la bienfaisance du concédant qui justifient le régime de l'acte à titre gratuit.

539. Des éléments objectifs permettent de qualifier un contrat de contrat à titre gratuit. Cette qualification doit être réservée aux actes désintéressés, c'est-à-dire ceux dans lesquels le concédant, qui fournit un avantage au bénéficiaire, ne reçoit ni contrepartie de ce dernier, ni avantage extérieur à l'acte qui serait objectivement et subjectivement équivalent à l'avantage procuré. L'avantage susceptible d'écarter la gratuité peut être reçu du bénéficiaire lui-même ou d'un tiers, il peut être actuel, futur ou éventuel. L'acte intéressé peut s'inscrire dans un modèle économique ou, plus simplement, dans une opération ponctuelle. La qualification gratuite doit, de plus, être réservée aux actes bienfaisants. L'intention bienfaisante ne peut être établie avec certitude, elle ne peut être que présumée. Des situations objectivement constatables fondent la présomption de bienfaisance. L'existence d'une relation d'affection entre le concédant et le bénéficiaire est de nature à établir l'intention bienfaisante. L'affectation de l'avantage procuré

à l'accomplissement d'une œuvre philanthropique, menée pour le bien de l'humanité, l'est également.

540. La gratuité ne peut donc être que bienfaisante. Il pourrait résulter de ce caractère bienfaisant que l'engagement du concédant ne pourrait jamais être pris au sérieux. Celui qui promet par pure bienfaisance est-il véritablement engagé ? La gratuité ne pourrait, en conséquence, jamais être contractuelle. Il n'en est rien. L'accord sur la fourniture d'une prestation gratuite est revêtu de la force obligatoire et peut être qualifié de contrat.

SECONDE PARTIE
LA QUALIFICATION CONTRACTUELLE DE L'ACCORD GRATUIT

541. Nous tenterons de dissiper le doute sur la qualification contractuelle de l'accord gratuit. La doctrine est sceptique sur la qualification contractuelle de l'accord gratuit. Cette hésitation adopte deux formes.

542. La critique la plus visible dans la doctrine contemporaine est celle de la qualification contractuelle de la convention d'assistance bénévole. La consécration de la convention d'assistance bénévole avait pour finalité l'indemnisation du préjudice subi par celui qui porte assistance à autrui. Le passant qui, constatant qu'un tracteur est enlisé sur le bord de la route, propose son assistance au conducteur pour le dégager et qui se blesse à cette occasion en constitue un bon exemple. La Cour de cassation a jugé qu'entre le conducteur et le passant se formait une convention d'assistance bénévole par laquelle le conducteur s'obligeait à indemniser le préjudice subi par le passant en cas de dommage[960]. Les auteurs approuvent le principe de l'obligation d'indemniser. Ils en contestent la source, soutenant notamment que les parties ne manifestent aucune intention de produire des effets de droit, et soutiennent que l'indemnisation devrait être fondée sur la responsabilité extra-contractuelle ou le quasi-contrat[961]. La question est donc celle de savoir si les effets de droit associés à l'exécution d'une prestation gratuite trouvent leur source dans l'accord des volontés à l'origine de cette prestation ou dans l'exécution de la prestation elle-même. Nous soutiendrons que l'accord des parties sur la prestation gratuite détermine les effets afférents à celle-ci et qu'il constitue, en conséquence, un contrat dans lesquels ces effets trouvent leur source (Titre second).

960 Voir par exemple : Civ. 1re, 27 mai 1959, *Bull. civ.* I, no 271 ; Civ. 1re, 8 novembre 1977, no 76-11.518, *Bull. civ.* I, no 406 ; Civ. 1re, 19 janvier 1999, no 96-22.235, inédit ; Civ. 1re, 13 juin 2006, no 04-19.344, inédit ; Civ. 1re, 5 mai 2021, no 19-20.579, *Bull. civ.* I, p. 305 ; *D*. 2021. 1803, note D. GALBOIS-LEHALLE ; *RTD civ*. 2021, p. 653, obs. P. JOURDAIN ; *Gaz. Pal*. 21 septembre 2021, n° 32 p. 31, obs. V. MAZEAUD ; *RDC* septembre 2021, p. 17, note J. KNETSCH ; *D*. 2022. 35, chron. O. GOUT ; *JCP G* 2021, act. 606, note Y.-M. SERINET ; *Contrats, conc., consom.* 2021, comm. 111, comm. L. LEVENEUR ; *Resp. civ. et assur*. septembre 2021, comm. 140, comm. C. RADÉ ; *Gaz. Pal.* 21 septembre 2021, p. 24, note V. MAZEAUD ; *Gaz. Pal.* 6 juillet 2021, p. 21, note A. STEVIGNON ; *RLDC* novembre 2021, p. 34, chron. V. FORTI ; *RLDC* septembre 2021, p. 13, note O. ROBIN-SABARD ; *JCP G* 2021, act. 606, comm. Y.-M. SERINET.

961 Voir *supra*, no 32.

543. Mais la doctrine met également en doute la force obligatoire de l'accord gratuit. La force obligatoire peut être définie comme « *l'aptitude normative du contrat à imposer son propre respect, si besoin grâce à des sanctions adaptées*[962] ». Les auteurs retiennent que l'accord par lequel le concédant a accepté de fournir un service au bénéficiaire n'a pas force obligatoire[963]. Si le concédant refuse d'exécuter l'accord, le bénéficiaire ne peut ni en obtenir l'exécution forcée, ni recevoir des dommages-intérêts indemnisant le préjudice résultant de cette inexécution. Dès lors, la question est celle de savoir si l'accord conclu entre le concédant et le bénéficiaire oblige le concédant à s'exécuter. Notons que cette question regroupe celle de la qualification contractuelle et celle de la validité, et, notamment, ainsi que nous le verrons, de la validité en la forme. La distinction entre inexistence du contrat et nullité du contrat, notamment nullité du contrat en la forme, est sans portée sur la question de la force obligatoire[964]. En effet,

962 H. JUILLET-RÉGIS, *La force obligatoire du contrat. Réflexion sur l'intérêt au contrat*, th. Paris II, 2015, n° 7.

963 Voir *supra*, n° 32.

964 Néanmoins, il convient de rappeler que la doctrine majoritaire distingue inexistence et nullité et retient que l'inexistence est réduite à un rôle très résiduel : F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil : les obligations*, 13e édition, Dalloz, 2022, n° 130 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 1 : le contrat, le consentement*, 4e édition, LGDJ, 2013, n° 2111 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12e édition, LGDJ-Lextenso, 2022, n° 403). La nullité est nécessaire toutes les fois que « *les déclarations de volonté ont fait naître une apparence qui doit être détruite* » (J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Le contrat, le consentement*, précité, n° 2111). L'inexistence serait réservée aux situations d'absence d'accord des parties (M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, 6e édition, PUF, 2021, n° 352), aux « *hypothèses tout à fait exceptionnelles où il n'y a eu aucun concours effectif de volontés* » (J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Le contrat, le consentement*, précité, n° 2133). Voir aussi, proposant une distinction théorique de l'inexistence et de la nullité, mais retenant que même dans les cas d'inexistence il est nécessaire d'anéantir une apparence (A. POSEZ, *L'inexistence du contrat*, th. Paris II, 2010, n° 313, et qu'en conséquence l'inexistence est soumise au régime de la nullité absolue : chacun est susceptible de l'invoquer, elle se prescrit selon le délai de droit commun, seule l'exception d'inexistence étant imprescriptible (*ibid.*, n° 13).
Mais la sanction de l'absence de formalisme par l'inexistence n'est pas dépourvue de fondement. Certes, selon le code civil, seule la validité du contrat solennel est conditionnée au respect de la forme : articles 1109 et 1172 alinéas 2 du code civil. Carbonnier énonce ainsi que la forme est un des éléments sans lequel l'existence du contrat est inconcevable : J. CARBONNIER, *Droit civil. 1. Introduction, les personnes, la famille, l'enfant*, PUF, 2004, n° 168, p. 337. Donnant l'exemple d'un contrat de mariage conclu par acte sous signature privée, il estime qu'un tel acte serait inexistant et non nul. D'autres admettent que l'inexistence peur viser « *l'acte informe : une ombre sans consistance* » (P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, précité, n° 403) ou que « *la forme est si étroitement liée à la conception qu'adopte la loi de l'acte juridique, que l'on ne conçoit pas, en droit français, l'acte fait dans une forme autre que la forme légale* » (M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, préf. J. Vidal, LGDJ, 1975, p. 361. L'autrice cite en exemple le mariage, le chèque ou la donation d'effets mobiliers sans état estimatif). *Contra* A. POSEZ, *L'inexistence du contrat*, précité, n° 302, p. 527, qui admet que l'absence de forme peut entraîner l'inexistence, mais dans certains cas très limités : le serment promissoire, le consentement à mariage, le *deed*, les effets de commerce. Il retient que sont davantage des statuts que des contrats : n° 310, p. 538-539. Au contraire, la donation sous seing privé est un contrat nul : *ibid*., n° 308 p. 532.
L'inexistence du contrat réel à défaut de remise de la chose repose sur un fondement encore plus solide. C'est la « *formation* » du contrat réel qui est subordonnée à la remise de la chose : articles 1109 et 1172 alinéas 3 du code civil. L'inexistence du contrat réel en l'absence de remise de la chose est admise par la

du point de vue de la force obligatoire, peu importe que celle-ci soit écartée parce que l’accord n'est pas qualifié de contrat ou parce qu’il est qualifié de contrat mais jugé nul en la forme. Nous soutiendrons, là encore, que dans certaines circonstances, l’accord gratuit peut avoir force obligatoire et obliger les parties à s’exécuter (Titre premier).

Titre premier - La force obligatoire de l’accord gratuit
Titre second - La source contractuelle des effets afférents à la prestation gratuite

jurisprudence, qui retient que « *le don manuel n'a d'existence que par la tradition réelle que fait le donateur de la chose donnée* » (Civ. 1re, 11 juillet 1960, *Bull. civ.* I, no 382 ; Civ. 1re, 16 avril 1991, no 90-10.561, inédit ; Civ. 1re, 19 novembre 1996, no 95-10.242, inédit ; Civ. 1re, 10 octobre 2012, no 10-28.363, *Bull. civ.* I, no 195). Elle est ainsi admise par la doctrine, voir par exemple : F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, précité, n° 97 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 77, p. 357.

TITRE PREMIER
LA FORCE OBLIGATOIRE DE L'ACCORD GRATUIT

544. Nous soutiendrons que l'accord gratuit constitue un contrat dès lors que des éléments objectifs permettent de garantir les fondements de sa force obligatoire, et que la portée de cette force obligatoire est limitée par certaines règles. Une partie de la doctrine doute de la qualification contractuelle de l'accord gratuit, et notamment de l'accord sur l'assistance bénévole. Les auteurs exposent que les parties n'ont pas d'intention de produire des effets de droit et que l'accord ne les engage pas.

545. Plan. Nous constaterons que ce doute s'explique par la gratuité, laquelle rend l'accord gratuit insusceptible de satisfaire les fondements de la force obligatoire (Chapitre premier). L'adjonction à l'accord gratuit de certains éléments objectivement constatables permettent de garantir ces fondements et de retenir la qualification de contrat à titre gratuit (Chapitre deuxième). Toutefois, la portée de la force obligatoire du contrat à titre gratuit est moindre que celle du contrat à titre onéreux (Chapitre troisième).

Chapitre premier - Gratuité et force obligatoire du contrat
Chapitre deuxième - La garantie des fondements de la force obligatoire
Chapitre troisième - La portée de la force obligatoire des accords gratuits

CHAPITRE PREMIER
GRATUITÉ ET FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

546. Les fondements de la force obligatoire évoqués par la doctrine sont au nombre de trois : l'intention de produire des effets de droit, la rencontre des intérêts des parties et l'attente légitime du créancier[965]. Le fondement de la force obligatoire des contrats est la justification de la règle selon laquelle une personne qui conclut un contrat est engagée à l'exécuter. Le principe étant la liberté, l'engagement contractuel est l'exception. Rechercher les fondements de la force obligatoire, c'est s'interroger sur les raisons pour lesquelles il est juste qu'une personne soit contractuellement engagée[966].

547. L'intention de produire des effets de droit ou l'autonomie de la volonté constitue le fondement principalement retenu par les auteurs. La doctrine retient, explicitement ou implicitement, que la volonté des parties constitue la justification principale voire exclusive de la limitation de la liberté résultant de la force obligatoire du contrat. Certains auteurs s'interrogent sur le ou les fondements de la force obligatoire de l'obligation contractuelle et affirment nettement que l'intention de produire des effets de droit constitue un des fondements de la force obligatoire de l'obligation contractuelle[967]. D'autres relèvent que les rédacteurs du code civil ont entendu consacrer l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire la possibilité pour les

965 Pour certains, il est impossible de fixer une liste des fondements de la force obligatoire. La diversité des accords reconnus comme des contrats par la jurisprudence a conduit certains auteurs à retenir que la force obligatoire d'un accord résulte d'une décision adoptée par les organes de contrôle de l'ordre juridique, sans chercher à déterminer des éléments précis qui permettent d'identifier les critères d'une telle décision, ou tout du moins des critères plus précis que l'équité, l'opportunité d'insérer l'acte dans l'ordre juridique, le temps, ou la perception de l'acte par les tiers. Voir en ce sens : A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, préf. J. Mestre, LGDJ, 1992, n^os^ 540-547 ; B. MORON-PUECH, *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, préf. D. Fenouillet, postface J. Combacau, LGDJ, 2020, n^os^ 157-162 et n^o^ 310. Voir aussi, retenant que l'intention de produire des effets de droit n'est accidentelle, les parties imaginant dans la plupart des cas que d'autres systèmes normatifs seront suffisants pour que le cocontractant s'exécute et définissant en conséquence le contrat comme un « *acte de prévision socio-économique des parties, que le Droit sanctionne s'il le juge opportun, eu égard notamment à sa conformité au Bien public* » : S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, préf. T. Clay, Institut Universitaire Varenne, 2014, n^os^ 261-274, spéc. n^o^ 274. *Adde*. O. GOUT, note sous Civ. 1^re^, 7 avril 1998, *JCP G* 1998. II. 10203 ; F. ARHAB, « L'essor de la convention d'assistance », *D*. 1998, chron. 566.

966 Voir aussi : H. JUILLET-RÉGIS, *La force obligatoire du contrat*, *op. cit.* nbp n° 962, nbp n^o^ 123 sous n^o^ 34.

967 G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 1962, n° 29 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. Tome 2. Contrat*, 6^e^ édition, Litec, 1998, n° 6 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp n° 964, n° 24 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, 6^e^ édition, PUF, 2021, n° 125 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.* nbp n° 964, n° 271 ; C. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations : le contrat*, 10^e^ édition, Economica, 2021, n^o^ 76. Voir aussi, retenant que le fondement de la force obligatoire du contrat réside dans le « *volontarisme social* », c'est-à-dire que la volonté des parties « *jouit d'un pouvoir initial* » encadré par la loi : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 17^e^ édition, Sirey, 2022, n^o^ 155.

parties de créer des obligations par la simple rencontre de leurs volontés[968]. Il en ressort que, pour la doctrine majoritaire, l'obligation contractuelle trouve sa source dans la volonté des parties. Corrélativement, la volonté des parties constitue une justification adéquate de la naissance d'obligations à leur charge.

548. Certains auteurs ont soutenu que le fondement de la force obligatoire résidait dans la rencontre des intérêts des parties. La conception du contrat qui place en son cœur la volonté des parties, dite spiritualiste, a été bousculée par une autre conception, dite matérialiste. Selon cette dernière, défendue principalement par M. Rouhette, le contrat trouve sa justification, au moins médiate, dans la rencontre des intérêts des parties[969]. L'auteur définit le contrat non comme l'accord de volontés mais comme l'acte producteur de normes juridiques[970], l'acte auquel la loi fait produire des normes juridiques. Le fondement immédiat de la force obligatoire du contrat est la loi[971]. Or, si la loi reconnaît force obligatoire au contrat, ce n'est pas parce que les parties l'ont voulu[972]. S'il est juste que les parties soient engagées, c'est parce que le contrat matérialise la rencontre de leurs intérêts. Ces intérêts sont appréciés objectivement par un observateur extérieur, habituellement le juge[973]. En d'autres termes, le fondement de la force obligatoire de l'engagement réside dans l'existence d'une cause objective constituée par l'intérêt poursuivi par le débiteur[974].

---

968 Voir par exemple : J. CARBONNIER, *Droit civil. 2. Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, n° 936 p. 1956-1957 ; D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2020.

969 G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965.
Voir aussi, considérant que le fondement de la force obligatoire se trouve à la fois dans la volonté et dans la rencontre des intérêts des parties : D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat*, *op. cit.* nbp n° 968, titre I ; S. LEQUETTE, « La notion de contrat », *RTD civ.* 2018, p. 541. Voir encore, jugeant que la force obligatoire du contrat trouve sa source dans l'intérêt des parties au contrat composé des finalités essentielles, des prestations essentielles et de leur objet respectif : H. JUILLET-RÉGIS, *La force obligatoire du contrat*, *op. cit.* nbp n° 962, n^{os} 85-96 et 136-157.
Ces nouvelles appréhensions du contrat ne permettent pas de résoudre la difficulté de la gratuité, qu'elles aggravent encore : les arguments pour refuser toute force obligatoire à l'accord gratuit sont deux. Ainsi, selon Diane Galbois, un premier ensemble d'actes sont exclus de la catégorie contractuelle en raison de l'absence d'intention de produire des effets de droit ferait obstacle à la qualification contractuelle des actes d'assistance bénévole (D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat*, précité, n^{os} 698 s.). Dans l'hypothèse où, en dehors de ce cas, on retiendrait une intention de produire des effets de droit, celle-ci devrait être confortée par une solennité ou la remise d'une chose (n° 466) : « *l'intérêt moral étant moins tangible et plus suspect aux yeux du système juridique* [que l'intérêt matériel], *la volonté des parties doit être confortée par autre chose si l'on veut considérer qu'il y a bien contrat* » (n° 447). Voir cependant, retenant l'existence d'un « *intérêt gratuit* » susceptible de fonder la force obligatoire du contrat : H. JUILLET-RÉGIS, *La force obligatoire du contrat*, précité, n^{os} 169 et 173.

970 G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, *op. cit.* nbp n° 969, n° 224.

971 Sur le fondement légal de la force obligatoire du contrat dans la pensée de Rouhette, voir aussi : M. FABRE-MAGNAN, *Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.* nbp n° 967, n° 132.

972 G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, *op. cit.* nbp n° 969, n° 222.

973 *Ibid.*, n° 143, p. 458-459, et n° 222.

974 Sur la cause, voir *supra*, n^{os} 192-236.

549. Certains auteurs recherchent le fondement de l'obligation dans l'attente légitime du créancier[975]. Plusieurs auteurs indiquent que l'attente légitime du créancier constitue le ou un des fondements de la force obligatoire du contrat en droit français[976]. En d'autres termes, le contrat donnerait naissance à une obligation non seulement parce que le débiteur de cette obligation l'a voulu, mais surtout parce que le créancier, destinataire de la manifestation de volonté du débiteur, peut légitimement attendre que celui-ci s'exécute[977]. Ces auteurs se rapprochent ainsi de nombreux auteurs écrivant en droit des contrats au Royaume-Uni et aux États-Unis. Selon ceux-ci, le fondement de la force obligatoire d'une promesse d'exécution ne serait pas l'intention des parties, et notamment de l'auteur de la promesse, de produire des effets de droit, mais l'attente légitime qu'il a suscitée chez le destinataire de cette promesse[978].

975 Sur cette traduction, voir : B. FAUVARQUE-COSSON, « Rapport général », *in* B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, Société de législation comparée, 2007, p. 10.

976 Voir par exemple, citant l'attente légitime comme un des fondements : J. CARBONNIER, « Introduction », *in* L. CADIET (dir.), *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, 1986, PUF, p. 34 ; M. FABRE-MAGNAN, *Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.* nbp n° 967, n° 129 ; P. LOKIEC, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007. 321. Citant l'attente légitime comme l'unique fondement : G. CATTALANO-CLOAREC, *Le contrat de prêt*, préf. G. Loiseau, LGDJ-Lextenso, 2015, n^os^ 99 et s. Voir cependant, jugeant que l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui n'est pas sanctionnée comme une violation d'un contrat mais uniquement par la responsabilité civile extra-contractuelle, sous la qualification de révocation de l'offre pendant le délai d'acceptation (exprès ou raisonnable) : D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'estoppel : rapport français », *in* B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, *op. cit.* nbp n° 975, p. 252.

977 À notre sens cependant, ce fondement achoppe sur la circularité du raisonnement qui fait des attentes légitimes d'une partie le fondement des obligations incombant à l'autre. Une attente ne serait légitime que lorsque son objet est prévu par le droit. Autrement dit, l'attente d'un créancier n'est légitime que parce qu'elle est juridiquement protégée. En l'absence de reconnaissance juridique du droit sur lequel elle porte, l'attente ne saurait être légitime : M. FABRE-MAGNAN, *Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.* nbp n° 967, n° 131. Voir aussi, relevant qu'en droit anglais, l'attente n'est en principe légitime qu'au cas de fourniture d'une *consideration* : J. CARTWRIGHT, « Protecting Legitimate Expectations and Estoppel : English Law », *in* B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, *op. cit.* nbp n° 975, p. 335.
Voir toutefois, retenant que la croyance « *n'était pas légitime lorsque le trompé aurait dû connaître la vérité* » et que la croyance ne saurait résulter d'un « *acte objectivement apparent, qui n'aura pas trompé son destinataire* » : C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé : recherches sur les sources de l'obligation Recherches sur les sources de l'obligation*, préf. Y. Lequette, Defrénois, 2007, n^os^ 244 et 288. Au sujet de l'engagement d'honneur, il retient que la légitimité de la croyance « *peut être le résultat de deux facteurs : soit la mention "sur l'honneur" est implicite et ne ressort pas, soit au contraire, elle ressort et renforce la fermeté de l'engagement dans l'esprit de son bénéficiaire* » (*ibid.*, n° 288). Ces remarques nous paraissent insuffisantes à expliquer pourquoi, alors qu'en principe l'engagement d'honneur ne constitue pas un contrat, l'attente de l'exécution d'un accord qualifié d'engagement d'honneur pourrait être jugée légitime.

978 Voir par exemple : P. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford University Press, 1979 ; A. L. CORBIN, *Corbin on contracts*, West Publishing Company, 1952, n° 110. En français, voir P. GAIARDO, *Contribution à l'étude critique et comparative des théories du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2020, n^os^ 26 et 27 et M. FABRE-MAGNAN, *Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.* nbp n° 967, n° 129. Voir *contra*, considérant qu'en droit américain, le contrat est fondé sur une conception utilitariste et justifié par l'intérêt économique du contrat : P. GAIARDO, *Contribution à l'étude critique et comparative des théories du contrat*, précité, n^os^ 193-208.

550. Certains auteurs retiennent enfin que la loi ou les juges retiennent la qualification contractuelle, et donc la force obligatoire, au regard de considérations d'opportunité. Jacques Ghestin, qui expose que le contrat « *tire sa force obligatoire de la volonté du législateur de le sanctionner* » et que le législateur le sanctionne « *parce qu'il est utile et à la condition qu'il soit juste*[979] ». Par ailleurs, la diversité des accords reconnus comme des contrats par la jurisprudence a conduit certains auteurs à retenir que la force obligatoire d'un accord résulte d'une décision prise par les organes de contrôle de l'ordre juridique, sans chercher à déterminer des éléments précis qui permettent d'identifier les critères d'une telle décision, ou tout du moins des critères plus précis que l'équité, l'opportunité d'insérer l'acte dans l'ordre juridique, le temps, ou la perception de l'acte par les tiers[980].

551. Aucun de ces fondements ne justifie la force obligatoire de l'accord gratuit informel, bilatéral et non exécuté. Nous allons voir que chacun des trois fondements de la force obligatoire est mis en échec par la gratuité. La gratuité invite à douter de la réalité d'une intention des parties de produire des effets de droit. Elle fait obstacle à toute rencontre des intérêts des parties. Elle écarte toute légitimité des attentes d'exécution du bénéficiaire. De plus, la gratuité et son contexte, la relation d'affection, conduisent à douter de l'opportunité de la qualification contractuelle de l'accord gratuit. La reconnaissance de la force obligatoire de l'accord gratuit est mise en doute.

552. Plan. Si l'accord gratuit bilatéral informel et non exécuté échoue à garantir les fondements de la force obligatoire (§1.), des considérations d'opportunité jouent en faveur de la reconnaissance de cette force obligatoire (§2.) de sorte qu'il conviendra de s'interroger sur les conditions dans lesquelles un accord gratuit peut se voir doter de cette force obligatoire.

979 J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.* 1990. 147. Voir aussi, retenant que le contrat résulte de la volonté individuelle qui « *jouit d'un pouvoir initial* » en « *décid*[ant] *de la formation et du contenu des contrats nécessaires à la satisfaction des besoins des contractants* », *« limité par le nécessaire respect de la loi qui, seule peut identifier et exprimer les besoins de la société en général* » : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 17e édition, Sirey, 2022, no 155.

980 A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, *op. cit.* nbp no 965, nos 540-547 ; B. MORON-PUECH, *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, *op. cit.* nbp n° 965, nos 157-162 et no 310 ; S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, préf. T. Clay, Institut Universitaire Varenne, 2014, nos 261-274, lequel retient que l'intention de produire des effets de droit n'est accidentelle, dans la plupart des cas les parties imaginent que d'autres systèmes normatifs seront suffisants pour que le cocontractant s'exécute et définissant en conséquence le contrat comme un « *acte de prévision socio-économique des parties, que le Droit sanctionne s'il le juge opportun, eu égard notamment à sa conformité au Bien public* » (*ibid.*, no 274). *Adde*. O. GOUT, note sous Civ. 1re, 7 avril 1998, *JCP G* 1998. II. 10203 ; F. ARHAB, « L'essor de la convention d'assistance », *D.* 1998, chron. 566.

§1. Gratuité et fondements de la force obligatoire
§2. Gratuité et opportunité de la force obligatoire

§1. GRATUITÉ ET FONDEMENTS DE LA FORCE OBLIGATOIRE

553. Plan. L'accord gratuit est caractérisé par le doute sur l'intention des parties de produire des effets de droit. Il ne matérialise aucune rencontre entre les intérêts des parties. Les attentes du bénéficiaire ne peuvent être jugées légitimes. L'intention des parties à l'accord gratuit de produire des effets de droit est incertaine (A.). L'absence d'intérêt du concédant fait obstacle à toute rencontre des intérêts des parties (B.). Le bénéficiaire ne peut légitimement attendre l'exécution de la prestation promise par le concédant (C.).

A. Doute sur l'intention de produire des effets de droit
B. Absence de rencontre des intérêts des parties
C. Absence de légitimité des attentes du bénéficiaire

A. DOUTE SUR L'INTENTION DE PRODUIRE DES EFFETS DE DROIT

554. L'absence d'avantage équivalent reçu par le concédant permet de douter de l'intention des parties de produire des effets de droit. La source de la force obligatoire des engagements contractuels réside, pour l'immense majorité de la doctrine, dans l'intention de produire des effets de droit. Pour identifier cette intention, « *il faut rechercher non pas si les parties avaient envisagé d'aller devant les tribunaux en cas d'inexécution, mais uniquement si elles auraient accepté une telle éventualité si on leur avait précisément posé la question*[981] ». Elle s'évince notamment de « *L'objet sur lequel la convention a porté, son importance plus ou moins grande, les circonstances dans lesquelles elle est intervenue, et la qualité des parties*[982] ». De prime abord, l'accord gratuit constitue l'exemple de l'absence d'intention de produire des effets de droit. Le fait qu'un acte ne soit pas intéressé est le « *signe d'une absence d'intention* » de produire des effets de droit[983]. Au contraire, la « *stipulation d'une contrepartie fait fortement présumer l'existence d'un véritable engagement*[984] ». Le désintéressement du concédant fait

981 M. FABRE-MAGNAN, obs. sous Civ. 1re, 6 avril 1994, *JCP G 199*4. I. 3781, no 1.
982 C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général,* Tome 1, 1868, p. 13.
983 M. FABRE-MAGNAN, obs. sous Civ. 1re, 6 avril 1994, *loc. cit.* nbp no 981, no 1. Voir aussi : X. LAGARDE, note sous CA Paris, 25 janvier 1995, *D.* 1997, somm. 191 : « *la spontanéité du geste de sauvetage n'est elle pas à elle seule incompatible avec l'idée de contrat ?* ».
984 S. HOCQUET-BERG, « Remarques sur la prétendue convention d'assistance », *Gaz. Pal*. 9 janvier 1996, p. 32 s., nos 8-10 ; A. MONTAS, *Le quasi-contrat d'assistance*, préf. Y. Tassel, avant-propos M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2007, no 195.

présumer que les parties, et notamment le concédant, n'ont pas entendu s'engager irrévocablement.

555. L'accord gratuit peut relever des catégories des actes de courtoisie et de complaisance. L'intention de produire des effets de droit est également définie en creux par la mention des accords qui en sont dépourvus : l'acte de courtoisie ou de complaisance[985]. L'acte de courtoisie est défini comme l'acte par lequel « *la personne souhaite aider son prochain tout en restant en marge du droit et c'est même la condition qu'elle pose, expressément ou non, à son intervention*[986] ». La complaisance peut être définie comme le « *désir de plaire à quelqu'un en s'accommodant à ses* desiderata[987] ». L'acte de complaisance est donc celui dont l'auteur a « *choisi de plaire à autrui, de rendre service* » ou manifesté « *la volonté d'aider son prochain*[988] ». Quant à la courtoisie, elle est caractérisée par une « *attitude de politesse raffinée conforme à la tradition et à la bonne éducation, aux usages mondains*[989] ». Sont ainsi exclus du champ contractuel les accords appartenant à la sphère des relations sociales tels que les invitations à dîner et les promesses politiques[990].

556. L'intention bienfaisante animant le concédant et connue du bénéficiaire renforce ce doute sur l'existence d'une intention de produire des effets de droit. La bienfaisance animant le concédant et les éléments qui permettent de la caractériser écartent l'intention de produire des effets de droit. La qualité des parties, personnes physiques ou personnes morales philanthropes, exclut tout contexte professionnel ou d'affaires susceptible de fonder le sérieux de l'engagement[991]. Surtout, la relation d'affection que les parties peuvent entretenir et les

985 Voir notamment, s'appuyant sur une analyse précise de la jurisprudence des juges du fond : E.-H. PERREAU, « Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence », *RTD civ*. 1914, p. 489. *Adde*. M. FABRE-MAGNAN, *Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.* nbp n° 967, n° 230 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp n° 964, n^{os} 88-89 ; P. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, 16^{e} édition, LexisNexis, 2021, n° 72 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.* nbp n° 967, n^{os} 254-255 ; C. ALLEAUME, « Existe-t-il une catégorie de contrats de bienfaisance ? », *LPA* 28 novembre 2012, p. 21. Sur l'engagement d'honneur, voir : B. OPPETIT, « L'engagement d'honneur », *D.* 1979, chron. 107.

986 A. VIANDIER, « La complaisance », *JCP G 198*0. I. 2987, n^{os} 24-28.

987 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12^{e} édition, PUF, 2018, V° Complaisance.

988 A. VIANDIER, « La complaisance », *op. cit.* nbp n° 986, n° 2-3.

989 *TLFi*, V° Courtoisie. *Adde*. A.-L. THOMAT-RAYNAUD, « La courtoisie : un usage « hors d'usage » ? », *in Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 983.

990 C. ALLEAUME, « Existe-t-il une catégorie de contrats de bienfaisance ? », *loc. cit.* nbp n° 985 ; A. SÉRIAUX, « L'œuvre prétorienne in vivo : l'exemple de la convention d'assistance », *in Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 299. Voir aussi A. ROUAST, « La prestation gratuite de travail », *in Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 695 s., n^{os} 2-6 : il n'y a pas contrat de prestation gratuite de travail en l'absence d'intention d'être subordonné juridiquement.

991 Voir aussi, retenant que la qualité de professionnel permet d'établir l'intention de produire des effets de droit : P. JOURDAIN, note sous Civ. 1re, 27 janvier 1993, *RTD civ.* 1993, p. 584 ; P. JOURDAIN, note sous Civ. 2^{e}, 26 janvier 1994, *RTD civ.* 1994, p. 864. Sur la nécessité de prendre en compte le contexte pour

contextes informels dans lesquels les accords gratuits sont habituellement conclus font présumer l'absence d'intention de produire des effets de droit[992].

B. ABSENCE DE RENCONTRE DES INTÉRÊTS DES PARTIES

557. En l'absence de rencontre des intérêts des parties, l'accord devrait être dépourvu de force obligatoire. Selon une certaine conception du contrat, défendue notamment par Rouhette, l'obligation contractuelle trouve sa source dans la loi, laquelle reconnaît force obligatoire aux accords concrétisant une rencontre entre les intérêts des parties, comprenant des engagements pourvues d'une cause objective[993]. Or, l'accord gratuit est caractérisé par l'absence de rencontre des intérêts des parties. Il est conclu dans l'intérêt exclusif ou à tout le moins prépondérant du bénéficiaire. Le concédant ne poursuit pas son intérêt propre. L'absence de caractère contractuel des accords gratuits est d'ailleurs un des arguments sur lesquels Rouhette appuie sa démonstration[994]. Il soutient que l'accord portant sur un service gratuit ne fait pas naître d'obligations ou tout du moins des obligations fragiles et atténuées. Il qualifie les accords ne constituant pas un contrat nommé par le code civil, au premier rang desquels l'assistance bénévole, de « *pactes tous nus* ». Il énonce que, selon la doctrine, ces accords sont dépourvus de force obligatoire et justifie ce fait par leur qualité de pacte nu, d'engagement dépourvu de contrepartie[995]. Il évoque par la suite les contrats de services gratuits prévus par le code civil, le prêt, le mandat et le dépôt, qualifiés de « *pactes demi-nus* ». Il s'appuie sur la faculté de renonciation du mandataire, la faculté du prêteur de reprendre son bien en cas de besoin pressant et imprévu, et l'atténuation de la responsabilité du dépositaire[996]. Il en conclut que « *le lien obligatoire est d'une extrême fragilité* » et que « *l'obligation, quand elle est assumée, n'est pas pleinement astreignante*[997] ». L'accord gratuit est donc dépourvu de

déterminer l'existence de l'intention de produire des effets de droit, voir : M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, Librairie du Recueil Sirey, 1941, p. 100-101 ; B. OPPETIT, « L'engagement d'honneur », *loc. cit.* npb n° 985, n° 4 : « *l'intention affirmée par les parties se trouve corroborée par la nature de leurs rapports* ».

992 J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2014, p. 38 ; N. BERGEMAN, « Le contrat de services gratuits. Un modèle pour penser l'altruisme en droit des contrats », *RJO* 2010 n° 4, p. 454.

993 Voir *supra*, n° 548.

994 G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, *op. cit.* nbp n° 969, n^os^ 156-171.

995 *Ibid.*, n° 156, p. 483-485.

996 *Ibid.*, n^os^ 157-161, p. 486-491.

997 *Ibid.*, n° 161, p. 491.

l'élément objectif que constitue la rencontre des intérêts des parties susceptible de fonder sa force obligatoire.

C. ABSENCE DE LÉGITIMITÉ DES ATTENTES DU BÉNÉFICIAIRE

558. La gratuité écarte, en principe, la légitimité des attentes du bénéficiaire. Certains auteurs trouvent le fondement de la force obligatoire de l'engagement dans l'attente légitime à l'exécution de son destinataire[998]. Or, le bénéficiaire de l'accord gratuit ne peut, *a priori*, légitimement s'attendre à l'exécution par le concédant de son engagement. Le bénéficiaire ne fournit aucun avantage, ou un avantage insuffisant, en contrepartie de celui qu'il reçoit. Il sait que le concédant envisage de lui procurer un avantage par pure bienfaisance. N'ayant rien fourni pour motiver le promettant à s'exécuter, il doit partir du postulat que le promettant ne s'exécutera pas puisque rien ne l'y incite. Il ne peut se prévaloir d'aucune attente légitime à l'égard du concédant.

559. Dans les droits anglo-saxons, un accord gratuit peut produire des effets de droit dans des cas particuliers dans lesquels il est reconnu que le destinataire de la promesse gratuite (« *donative promise* ») peut se prévaloir d'attentes légitimes à l'exécution, lorsqu'il a changé sa position sur la foi de la promesse (« *acted in reliance on the promise* »). Au Royaume-Uni, la doctrine du « *promissory estoppel* » joue lorsqu'une partie a émis une promesse claire, sur laquelle il est inéquitable de lui permettre de revenir, et que le destinataire de la promesse a altéré sa position en considération de celle-ci[999]. L'« *estoppel* » ne peut donner lieu à exécution forcée de la promesse, mais elle permet au destinataire de la promesse de se défendre lors d'une action en justice[1000]. Et dans des cas particuliers impliquant des biens immobiliers, le « *proprietary estoppel* » peut emporter un transfert de droits réels. Aux États-Unis, cette doctrine a été développée et a donné naissance à un principe figurant aujourd'hui au Restatement (Second) of Contracts, une œuvre doctrinale de systématisation des principes

998 Voir *supra*, n° 549.

999 J. BEATSON, A. BURROWS et J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 30th edition, Oxford University Press, 2016, p. 125. M. BARNES, *The Law of Estoppel*, Hart Publishing, 2020, n^{os} 2.18-2.25 ; J. CARTWRIGHT, « Protecting Legitimate Expectations and Estoppel », *in* B. FAUVARQUE-COSSON (dir.). *La confiance légitime et l'estoppel*, *op. cit.* nbp n° 975, p. 325-326.

1000 La formule d'usage est que l'*estoppel* joue comme un bouclier et non une épée (« *a shield and not a sword* ») : J. BEATSON, A. BURROWS et J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, *op. cit.* nbp n° 999, p. 131.

jurisprudentiels[1001]. Ce texte prévoit qu'une promesse est obligatoire lorsque le promettant aurait dû raisonnablement savoir qu'elle provoquerait l'accomplissement d'actes précis et substantiels par son bénéficiaire, qu'elle a effectivement provoqué de tels actes, et que l'absence d'exécution de la promesse causerait une injustice[1002]. Les juridictions de la majorité des États des États-Unis ont introduit une jurisprudence reprenant l'idée générale de cette règle. Les conditions varient selon les États : dans certains droits, la promesse doit être accompagnée d'actes de son auteur destinés à induire le destinataire en erreur, dans d'autres de la connaissance de l'auteur de la promesse que le destinataire agirait en conséquence, dans d'autres enfin il suffit que les termes de la promesse aient été non équivoques. Certains exigent que les mesures prises par le destinataire lui aient été préjudiciables (« *detrimental reliance* »), d'autres non[1003]. Le remède est apprécié en équité, et peut prendre la forme d'une exécution totale ou partielle de la promesse[1004]. Il pourrait en résulter que le bénéficiaire d'un accord gratuit, analysé dans les droits anglo-saxons comme le destinataire d'une promesse gratuite (« *donative promise* ») pourrait se prévaloir du fait qu'il a agi en considération de la promesse (« *acted in reliance of the promise* ») pour demander l'exécution forcée de la promesse ou des dommages-intérêts compensant le préjudice résultant de son inexécution.

560. Mais ces solutions ne commandent pas la reconnaissance, en droit français, d'un contrat en présence d'un accord gratuit et d'un acte accompli en considération de cet accord. Aucune décision n'a, à notre connaissance, été rendue en ce sens en droit français. L'accomplissement par le bénéficiaire d'un acte en considération de l'accord gratuit après la conclusion de celle-ci n'est pas de nature à légitimer l'attente en l'exécution. À supposer qu'un tel acte soit accompli au vu et au su du concédant, le défaut de protestation de ce dernier n'est pas de nature à procurer

1001 Sur les *Restatements*, et tout particulièrement le deuxième *Restatement of contracts* : P. GAIARDO, *Contribution à l'étude critique et comparative des théories du contrat*, *op. cit.* nbp n° 978, n° 3.

1002 Voir §90 : « *Promise Reasonably Inducing Definite and Substantial Action. A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promisee and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise.* » (« Promesse provoquant raisonnablement des actes précis et substantiels. Une promesse dont le promettant devrait raisonnablement attendre qu'elle provoque des actes ou abstentions précis et substantiels du destinataire et qui provoque de tels actes ou abstentions est obligatoire si l'injustice ne peut être évitée que par l'exécution de la promesse »).

1003 J. D. CALAMARI et J. M. PERILLO, *The Law of Contracts*, 4th edition, West Group, 1998, n° 6.1 ; G. E. MAGGS, « Report concerning the United States of America », *in* B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, *op. cit.* nbp n° 975, p. 425-426. Toutefois, la plupart des actions intentées sur ce fondement échouent, de sorte que la *consideration* demeure le fondement principal de l'exécution forcée des promesses : E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 4e édition, Aspen Publishers, 2004, § 1.6. En français, voir : B. FAUVARQUE-COSSON, « Rapport général », *in* B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, précité, p. 15-26.

1004 A. L. CORBIN, *Corbin on contracts*, *op. cit.* nbp n° 978, n° 205 ; G. E. MAGGS, « Report concerning the United States of America », loc. *cit.* nbp n° 1003, p. 443.

de la légitimité. Il peut constituer une faute engageant sa responsabilité, mais non fonder la force obligatoire de l'accord[1005]. La gratuité empêche l'accord de satisfaire les fondements de la force obligatoire des contrats. Elle fait également douter de l'opportunité de conférer force obligatoire à l'accord.

§2. GRATUITÉ ET OPPORTUNITÉ DE LA FORCE OBLIGATOIRE

561. L'accord gratuit est utile. Pour Jacques Ghestin, l'« *utilité sociale* » du contrat constitue un des critères de sa reconnaissance[1006]. En d'autres termes, il est moral de respecter sa parole donnée parce que cette règle est socialement utile. Or, il pourrait être soutenu que le contrat à titre gratuit est inutile[1007]. Dans un célèbre article publié en 1941, Lon Fuller a qualifié l'accord gratuit de « *transmission stérile*[1008] ». Cette qualification reposait sur l'affirmation selon laquelle l'accord gratuit ne conduirait pas à la production de richesse ou à la division du travail. Elle justifierait l'absence d'exécution forcée de cet accord.

562. Mais les accords gratuits, et tout particulièrement les donations, nous paraissent utiles[1009]. Les donations produisent un effet redistributif[1010]. Elles tendent à la transmission de valeurs d'une personne qui en est dotée à une personne qui l'est moins. En toute hypothèse, les parties concluent un accord gratuit parce qu'elles considèrent qu'il maximise leur utilité[1011]. En particulier, l'accord gratuit génère une satisfaction de donner chez le concédant. Il crée donc une valeur quoique celle-ci ne puisse faire l'objet d'une évaluation monétaire[1012].

563. Le principe de liberté contractuelle prévoit tout autant la liberté de s'engager que celle de ne pas s'engager, et le refus de conférer force obligatoire à l'accord gratuit constitue une violation de la liberté des parties de s'engager[1013]. L'absence de force obligatoire de l'accord gratuit constitue une minimisation de l'utilité retirée par les parties de l'accord gratuit. L'accord

1005 Sur les sanctions de la faute consistant dans l'émission d'une fausse promesse, voir *infra*, Chapitre troisième, Section II.

1006 J. GHESTIN, « La notion de contrat », *loc. cit.* nbp n° 979.

1007 Relevons toutefois que si Jacques Ghestin doute de la qualification contractuelle du contrat à titre gratuit, ce n'est pas en raison de son défaut d'utilité sociale, mais plutôt du fait de l'absence d'opération économique : J. GHESTIN, « La notion de contrat », *loc. cit.* nbp n° 979.

1008 L. L. FULLER, Consideration and Form, 41 *Columbia Law Review* 799 (1941), p. 815.

1009 Voir ainsi, refusant de réserver le contrat à l'échange économique, considérant que l'utilité sociale de la donation justifie sa qualification contractuelle : J. GHESTIN, « La notion de contrat », *loc. cit.* nbp n° 979.

1010 J. SIPRUT, The peppercorn reconsidered: Why a promise to sell Blackacre for nominal consideration is not binding, but should be, 97(4) *Northwestern University Law Review* 1809 (2003), p. 1835.

1011 A. KULL, Reconsidering Gratuitous Promises, (1992) 21 *Journal of Legal Studies* 39, p. 49.

1012 J. B. BARON, Gifts, Bargains and Form, *loc. cit.* nbp n° 1012, p. 199-200 ; J. SIPRUT, The peppercorn reconsidered, *loc. cit.* nbp n° 1010, p. 1835.

1013 A. KULL, Reconsidering Gratuitous Promises, *loc. cit.* nbp n° 1011, p. 51.

a davantage de valeur si le bénéficiaire est assuré de son exécution. Le bénéficiaire peut se fonder sur l'accord pour altérer sa propre position. Du point de vue du concédant, l'avantage fourni au bénéficiaire est d'autant plus important que le bénéficiaire peut légitimement attendre son transfert, et éventuellement prendre des mesures en conséquence[1014].

564. Un autre auteur a suggéré que le refus de la force obligatoire serait justifié par le fait que le coût de l'exécution de l'accord gratuit excèderait l'intérêt associé à cette exécution[1015]. Toutefois, s'il est certainement inopportun que les tribunaux soient confrontés à des demandes trop faibles, en application de la règle *de minimis non curat praetor*[1016], l'assimilation entre faible montant de la demande et gratuité est infondée. Les accords gratuits peuvent avoir pour objet des prestations d'une valeur élevée, et bien plus élevée que de nombreux contrats à titre onéreux dont la force obligatoire n'est pas mise en doute[1017].

565. Le seul contexte affectif dans lequel peuvent être conclus les accords gratuits ne justifie pas l'absence de force obligatoire. Certains auteurs ont soutenu que le contexte affectif dans lequel les promesses étaient émises ne permettrait pas de tracer la limite entre des discussions non engageantes et un accord que les parties souhaiteraient obligatoires[1018]. Néanmoins, les parties à l'accord gratuit disposent des mêmes outils que les parties à l'accord onéreux pour identifier l'engagement et le distinguer des pourparlers[1019].

566. Par ailleurs, plusieurs auteurs ont relevé qu'en raison de la relation d'affection entre concédant et bénéficiaire, le concédant serait davantage prompt à s'engager de manière irréfléchie et, en conséquence, à regretter *a posteriori* d'avoir exprimé son consentement. Au contraire, les parties au contrat à titre onéreux, et notamment au contrat conclu dans un contexte commercial, adopteraient des comportements rationnels et utilitaristes et leurs motivations seraient insusceptibles de varier dans le temps[1020]. Mais l'intérêt matériel d'une partie dans le contrat à titre onéreux ne fournit pas nécessairement un motif plus stable dans le temps. Les

1014 R. A. POSNER, Gratuitous Promises in Economics and Law, 6 *Journal of Legal Studies* 411 (1977), p. 412-414 ; C. J. GOETZ et R. E. SCOTT, Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract, 89 *Yale Law Journal* 1261 (1980), p. 1266-1270.

1015 R. A. POSNER, Gratuitous Promises in Economics and Law, *loc. cit.* nbp n° 1014, p. 414-415.

1016 Sur laquelle voir notamment : J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2014, p. 74. Voir aussi infra, n°s 804-808, spéc. 808.

1017 A. KULL, Reconsidering Gratuitous Promises, *loc. cit.* nbp n° 1011, p. 49 et 52 ; J. SIPRUT, The peppercorn reconsidered, *loc. cit.* nbp n° 1010, p. 1836.

1018 L. L. FULLER, Consideration and Form, *loc. cit.* nbp n° 1008, p. 815.

1019 A. KULL, Reconsidering Gratuitous Promises, *loc. cit.* nbp n° 1011, p. 54.

1020 M. A. EISENBERG, *Foundational Principles of Contract Law*, Oxford University Press USA, 2018, p. 102.

parties peuvent s'engager de manière impulsive et irréfléchie dans un contrat à titre onéreux[1021]. Les êtres humains ne sont pas plus fiables dans leurs rapports d'affaires que dans leurs rapports personnels[1022].

567. La force obligatoire n'est pas contraire à l'esprit de la gratuité. La gratuité peut apparaître comme le lieu privilégié du non-droit, d'une vacance du droit nécessaire pour préserver les relations sociales[1023]. Il existerait une incompatibilité entre la gratuité et la norme juridique, entre l'accord gratuit et l'existence d'une sanction de son inexécution.

568. À cette affirmation, peut être opposé le constat qu'en cas d'appel au droit pour contraindre le concédant à l'exécution, la relation entre concédant et bénéficiaire est déjà dégradée. Autrement dit, l'exécution forcée n'est pas la cause de la rupture entre concédant et bénéficiaire laquelle lui est préalable[1024]. La bienfaisance et ses effets positifs se manifestent dès la conclusion de l'accord gratuit[1025]. Par ailleurs, le droit régit des relations sociales fortement imprégnées d'émotions et notamment de relations d'affectives. En droit de la famille, le droit peut imposer des comportements aux parties, en ce compris des obligations monétaires, sans pour autant faire entrer leurs relations dans le domaine marchand[1026]. Conférer force obligatoire à l'accord gratuit peut donc être opportun. Il convient de rechercher si certains éléments peuvent, malgré la gratuité, garantir les fondements de sa force obligatoire.

569. Conclusion du chapitre premier. La gratuité empêche l'accord de satisfaire les fondements de la force obligatoire, mais n'exclut pas l'opportunité de celle-ci. L'accord gratuit est toutefois susceptible d'avoir force obligatoire lorsque des éléments objectifs garantissent ces fondements.

1021 R. A. PRENTICE, "Law &" and Gratuitous Promises, *University of Illinois Law Review* 881 (2007), p. 907. Voir aussi, relevant pour la critiquer l'opposition créée par la doctrine entre les échanges (« bargains ») et les dons (« gifts »), les premiers étant associés à la raison et les seconds à l'émotion : J. B. BARON, Gifts, Bargains and Form, *loc. cit.* nbp n° 1012, p. 184 ; H. KEREN, Considering Affective Consideration, 40 *Golden Gate University Law Review* 165 (2009-2010), p. 188. La jurisprudence relative à la subjectivisation de la cause en donne un exemple frappant : prétendre que l'existence d'une contrepartie objective fournit une cause stable au contrat n'est qu'occulter l'aspect subjectif de la cause. Or si la cause objective demeure, la perception subjective de son utilité pour une partie varie. Ainsi, l'utilité subjective retirée du contrat – par exemple, l'intérêt matériel attaché au bénéfice de la mise à disposition de cassettes vidéo – n'est pas moins susceptible de variation que l'affection portée au bénéficiaire de la promesse gratuite.

1022 J. B. BARON, Gifts, Bargains and Form, *loc. cit.* nbp n° 1012, p. 175-176.

1023 Voir *supra*, n^{os} 25-27.

1024 H. KEREN, Considering Affective Consideration, *loc. cit.* nbp n° 1021, p. 227.

1025 *Ibid.*, p. 228.

1026 *Ibid.*, p. 229.

CHAPITRE DEUXIÈME
LA GARANTIE DES FONDEMENTS DE LA FORCE OBLIGATOIRE

570. L'accord gratuit seul ne satisfait pas les fondements de la force obligatoire, mais des éléments objectifs peuvent, selon nous, garantir ces fondements. La doctrine doute de la qualification contractuelle de l'accord sur l'assistance bénévole et ce doute rayonne sur l'intégralité des contrats à titre gratuit[1027]. Il s'explique, selon nous, par la faiblesse de l'accord gratuit au regard des fondements de la force obligatoire : la gratuité fait douter du sérieux de l'intention des parties, elle exclut la rencontre de leurs intérêts, elle écarte la légitimité des attentes du bénéficiaire[1028]. Or, des éléments objectifs nous paraissent propres à garantir ces fondements de la force obligatoire. Lorsqu'ils accompagnent l'accord gratuit, celui-ci nous paraît pouvoir être qualifié de contrat et se voir doter de la force obligatoire.

571. Plan. L'adoption d'une forme (section I), l'implication d'un tiers au rapport de gratuité (section II) et le commencement d'exécution (section III) garantissent les fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit et justifient sa qualification de contrat à titre gratuit.

Section I
La forme
Section II
L'implication d'un tiers au rapport de gratuité
Section III
Le commencement d'exécution

SECTION I
LA FORME

572. Les contrats à titre gratuit présentent cette spécificité qu'ils sont habituellement soumis à une exigence de forme. Tout accord de volontés revêt nécessairement une certaine forme. Pour être connue par le droit et reconnue comme telle, la volonté doit être extériorisée.

1027 Voir *supra*, nº 32.
1028 Voir *supra*, nº 553-560.

Le for intérieur est inaccessible. Tout accord est formalisé[1029]. Le formalisme est plus précisément l'ensemble des règles selon lesquelles le contrat n'est valable que si les volontés se sont manifestées dans une forme prédéterminée par la loi[1030]. Les contrats sont en principe consensuels, c'est-à-dire que les parties sont libres d'extérioriser leur consentement dans une forme quelconque[1031]. Par exception, plusieurs contrats à titre gratuit sont solennels[1032]. La vente est un contrat consensuel, la donation est un contrat solennel[1033]. Cette dernière doit en principe être conclue par acte authentique, lequel requiert l'intervention d'un notaire. Le bail est consensuel mais le prêt, de même que le dépôt, sont des contrats réels, ce qui signifie qu'ils ne sont formés que lorsque survient la remise de la chose qui en est l'objet[1034]. Toutefois, tous les contrats à titre gratuits ne sont pas solennels aux termes du code civil. Aucun texte ne prévoit le caractère solennel du mandat[1035]. La convention d'assistance bénévole n'est pas mentionnée dans le code civil.

573. Selon nous, les formes du contrat à titre gratuit ont pour finalité principale de garantir les fondements de la force obligatoire. Le formalisme, et notamment celui des donations, est présenté comme revêtant diverses fonctions, et notamment de protection des parties en leur permettant de prendre connaissance de la gravité de l'acte[1036]. Nous soutiendrons que la finalité première du formalisme des contrats à titre gratuit est de garantir le fondement de la force obligatoire de l'engagement, et notamment d'assurer le sérieux de l'intention des parties. Par ce prisme, nous réexaminerons les formes admises en droit positif en matière de contrats à titre gratuit et conclurons que seules doivent être conservées celles qui garantissent les fondements de la force obligatoire. Nous exposerons en conséquence que les promesses de

1029 V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, préf. G. Pignarre, av.-prop. C. Atias, LGDJ, 2007, p. 114-116 : « *il est faux de penser que la question des modes d'expression de la volonté ou de l'extériorisation du contrat relève du fond ; on ne saurait prétendre que la forme devient du fond lorsqu'elle n'est pas l'objet d'une règle de droit. En principe, le contrat suppose une forme* ». *Adde.* F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp n° 964, n° 192 ; B. NUYTTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Defrénois* 1998, art. 36784, p. 497. Voir *contra* M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, *op. cit.* nbp n° 1029, p. 33 : « *il ne suffit pas de dire que la forme est libre ; il n'y a pas de forme du tout car l'exigence d'une extériorisation du consentement relève du fond et non de la forme* ».

1030 Article 1109 alinéa 2 du code civil : « *Le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi.* »

1031 Article 1109 alinéa 3 du code civil : « *Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression.* »

1032 Voir aussi *supra*, n° 269.

1033 Voir *infra*, n° 590.

1034 Voir *infra*, n°s 591, 593.

1035 Voir *infra*, n° 594.

1036 Voir *infra*, n° 578.

prêt et de dépôt ne peuvent être obligatoires que lorsqu'elles sont conclues dans des formes s'apparentant à celles de la donation, à même de garantir le fondement de leur force obligatoire.

574. Plan. La forme constitue un élément nécessaire pour garantir les fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit (§1.). L'adoption d'une forme authentique ou onéreuse permet cette caractérisation (§2.).

§1. Le principe de la forme comme garantie des fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit
§2. L'identification des formes garantissant les fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit

§1. LE PRINCIPE DE LA FORME COMME GARANTIE DES FONDEMENTS DE LA FORCE OBLIGATOIRE DE L'ACCORD GRATUIT

575. Plan. La forme révèle les volontés de créer des effets de droit (A.), elle constitue un élément objectif susceptible de fonder la force obligatoire même en l'absence de rencontre des intérêts des parties (B.) et justifie la légitimité des attentes du bénéficiaire (C.).

A. La forme, garantie de l'intention de produire des effets de droit
B. La forme, élément objectif matérialisant l'accord
C. La forme, garantie de la légitimité des attentes du bénéficiaire

A. LA FORME, GARANTIE DE L'INTENTION DE PRODUIRE DES EFFETS DE DROIT

576. Le formalisme moderne ou néoformalisme ne constitue pas un fondement de la force obligatoire. Une présentation classique rappelle qu'en droit romain, le contrat était par principe formaliste, et la forme consubstantielle à l'engagement[1037], cependant qu'en droit moderne, le contrat est par principe consensuel, le consentement constituant le cœur de l'engagement contractuel, la forme n'en constituant qu'une condition de validité. En d'autres termes, le formalisme du code civil, ayant pour finalité la protection du consentement, serait très différent du formalisme ancien, lequel était seul déterminant, indifféremment de l'existence d'un consentement[1038]. La forme aurait ainsi « *suffi*[…] *à la perfection de l'acte juridique* »,

1037 M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, Pichon, 1900, n° 1035 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp n° 964, n° 194 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, *op. cit.* nbp n° 967, n° 497 ; X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999. I. 170, n° 6.

1038 M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, *op. cit.* nbp n° 1037, n° 1035 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp n° 964, n° 198 ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, La Mouette, 2001, n^os^ 11-17 ; A. POSEZ, *L'inexistence du contrat*, *op. cit.* nbp n° 964, n° 300 ; Y. JEANCLOS, « Formalisme et consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats », *in Études Gérard Boulvert*, 1987, p. 333 ; E. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat :

indépendamment de toute manifestation de volonté[1039], elle aurait « *supplé*[é] *une volonté contractuelle inutile ou indifférente*[1040] ». Puis « *l'accomplissement du rite n'*[aurait été] *pris en compte que s'il tradui*[sai]*t une intention réelle de s'obliger*[1041] ». En d'autres termes, en droit romain, la forme constituait le fondement de la force obligatoire.

577. À compter de l'avènement du code civil et du consensualisme, le formalisme a eu pour fonction non de suppléer ou d'attester du consentement, mais de le protéger[1042]. L'élément caractéristique du formalisme moderne serait qu'il ne se substitue pas à la preuve de la volonté. Il serait au service de la volonté[1043]. Il ne donnerait aucune indication sur l'existence du consentement. Le contrat préexisterait toujours à la forme qui n'en serait qu'un élément artificiel et accessoire. La forme ne serait pas le contrat mais un élément accessoire et artificiel qui s'y ajouterait[1044]. Ce constat résulterait de l'adoption d'un système consensualiste. On ne saurait imposer aux parties de mouler leur consentement dans une certaine forme pour qu'il soit juridiquement reconnu. Il serait inacceptable de ne pas reconnaître comme contractuel le consentement qui serait extériorisé dans une forme autre que la forme prescrite. La rencontre des consentements informelle doit être qualifiée de contrat, peu important que ce contrat soit déclaré nul pour absence de forme. En d'autres termes, la force obligatoire trouve son fondement dans la volonté des parties, le formalisme ne constituant qu'un soutien de cette volonté.

578. L'adoption d'une forme permet d'assurer l'existence de l'intention de produire des effets de droit. La doctrine ne retient pas, parmi les finalités premières du formalisme, la garantie de l'existence de l'intention de produire des effets de droit. Elle attribue au formalisme moderne de nombreuses finalités : protection des parties, protection des tiers, rapidité, souplesse, sécurité juridique et intérêts de l'État et de la société[1045]. Sa finalité principale

---

l'opposition formalisme/consensualisme », *Les Cahiers du Droit* 2002, p. 257 ; J.-L. AUBERT, « Le formalisme (rapport de synthèse) », *Defrénois* 2000, p. 931.

1039 M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1038, n° 12.

1040 B. NUYTTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *loc. cit.* nbp n° 1029. *Adde*. H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1986, n° 358.

1041 M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1038, n° 13.

1042 Pour cette présentation en trois temps, voir : M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1038, n°s 11-17.

1043 J.-L. AUBERT, « Rapport de synthèse », *loc. cit.* nbp n° 1038 ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1045, n°s 15-17.

1044 Voir par exemple : V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, *op. cit.* nbp n° 1029, n° 2007, n°s 265-270.

1045 Voir par exemple : J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Le contrat, le consentement*, *op. cit.* nbp n° 964, p. 674-676 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, *op. cit.*

résiderait dans la protection du consentement des parties : l'adoption d'une forme ralentirait la conclusion du contrat et imposerait aux parties de préciser leurs intentions et de les proclamer solennellement[1046].

579. Mais, selon nous, en matière de contrat à titre gratuit, la finalité de protection du consentement du formalisme moderne se distingue difficilement de la constatation de sa réalité. Le formalisme prévient le risque « *d'être engagé sans s'en rendre compte, puisqu'aucun signe extérieur ne sépare les négociations préalables du consentement définitif*[1047] ». Certains auteurs indiquent encore que les promesses verbales de donation « *sont des promesses en l'air*[1048] ». La distinction entre intégrité et existence du consentement est donc fine.

580. En matière de donation, le fait pour les parties de solliciter le notaire manifeste leur intention de s'engager dans un acte irrévocable. La forme « *offre également quelques assurances sur l'intention réelle des parties*[1049] », elle a pour effet « *de l'obliger à se déclarer sur un mode solennel et de le mettre dans une situation telle qu'il lui soit impossible de revenir*

---

nbp n° 967, n^{os} 498-499 ; M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, *op. cit.* nbp n° 1029, p. 38-40 ; J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *in Le droit privé français au milieu du XX^{e} siècle : études offertes à Georges Ripert*, tome 1, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, p. 97-99.

Et en matière de donation : G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol. Tome 4. Régimes matrimoniaux. Successions-Libéralités*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1959, n° 3220 ; M. GRIMALDI, *Droit civil : libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1273 ; D. GUÉVEL, *Droit des successions et des libéralités*, 3^{e} édition, LGDJ-Lextenso, 2014, n° 456. Toutefois, la plupart des auteurs citent concurremment l'irrévocabilité spéciale des donations : R. T. TROPLONG, *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*, 2^{e} édition, tome 2, Administration du journal des notaires et des avocats, 1862, n° 1036 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 3, Pichon, 1901, n° 2526 ; R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 2^{e} édition, tome 4, avec la collaboration de P. Voirin, Rousseau et cie, 1934, n° 4 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 3, 3^{e} édition, Librairie du recueil Sirey, 1940, n° 1300 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 3, 10^{e} édition, par L. Julliot de la Morandière, Dalloz, 1950, n° 1600 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 4. 2. Successions - Libéralités*, 5^{e} édition par L. Leveneur et S. Leveneur, Montchrestien, 1999, n° 1452 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, Armand Colin, 1982, n° 79 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : les successions, les libéralités*, 4e édition, Dalloz, 2013, n° 526. *Contra*, estimant que l'irrévocabilité spéciale des donations suffit seule à justifier leur formalisme : X. LAGARDE, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du code civil », *RTD civ*. 1997, p. 25.

Voir aussi, jugeant que la forme de la donation est principalement justifiée par la défaveur du législateur à son égard : C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 5, 4^{e} édition, Warée, 1824, p. 174 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 12, Durand & Pedone Lauriel-Bruylant-Christophe et comp., 1874, n° 221.

1046 *Ibid.*, et, notamment, J.-L. AUBERT, « Rapport de synthèse », *loc. cit.* nbp n° 1038 ; G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Defrénois* 2000, p. 880.

1047 J. FLOUR, J. L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, *op. cit.* nbp n° 967, n° 498. Voir aussi, en matière de contrat réel : A.-F. EYRAUD, *Le contrat réel : essai de renouveau à partir du droit des biens*, th. Paris I, 2003, p. 234.

1048 P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 306.

1049 X. LAGARDE, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du code civil », *loc. cit.* nbp n° *loc. cit.* nbp n° 1053, n° 15.

sur son engagement[1050] ». L'exigence formaliste exprime l'idée selon laquelle le législateur n'a « *voulu* […] *valider* [les donations] *que si leur auteur témoigne d'une volonté particulièrement ferme de se dépouiller*[1051] ». La forme permet ainsi au droit de déterminer, parmi les accords, ceux qui résultent d'une intention des parties de produire des effets de droit et qui méritent donc de se voir conférer force obligatoire[1052].

581. Les rapports entre forme et irrévocabilité spéciale des donations révèlent leur rôle dans la recherche de l'existence de l'intention de produire des effets de droit. La doctrine retient qu'une des finalités du formalisme des donations est la garantie de leur irrévocabilité spéciale[1053]. L'irrévocabilité spéciale des donations recouvre l'impossibilité pour le donateur qui s'est engagé de se libérer unilatéralement en révoquant la donation[1054]. Sous cet aspect, elle s'apparente à la force obligatoire[1055]. Or, l'intervention du notaire confère à l'acte une forme écrite et une publicité qui en faciliteront l'exécution forcée le cas échéant. Elle assure la force obligatoire de l'accord. La forme authentique, en garantissant l'irrévocabilité spéciale des donations, garantit sa force obligatoire.

1050 *Ibid.*, nº 16.

1051 R. PONSARD, *Les donations indirectes*, Sirey, 1946, p. 272.

1052 La protection des parties n'est à cet égard qu'incidente. Voir aussi, retenant qu'il n'est pas nécessaire de protéger le disposant (W. DROSS, « Le formalisme des libéralités », *in* W. DROSS et T. FAVARIO (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & martin, 2014, p. 109, spéc. nº 12) et que le formalisme des donations ne protège pas le gratifié (*ibid.*, nºs 20-21). L'auteur en conclut que le formalisme des libéralités est injustifié et préconise leur désolennisation : *ibid.*, nº 29.

1053 X. LAGARDE, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du code civil », *loc. cit.* nbp nº 1053 ; R. T. TROPLONG, *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*, tome 2, *op. cit.* nbp n° 1045, nº 1036 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 12, *op. cit.* nbp n° 1045, nº 221 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 3, *op. cit.* nbp n° 1045, nº 2526 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 3, *op. cit.* nbp n° 1045, nº 1300 ; R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, tome 4, *op. cit.* nbp nº 1045, nº206 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 3, *op. cit.* nbp nº 1045, nº 1600 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1045, nº 79 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 4. 2*, *op. cit.* nbp n° 1045, nº 1452 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1045, nº 300. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : les successions, les libéralités*, 4e édition, Dalloz, 2013, nº 526. Voir cependant M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp nº 1045, nº 1273 qui retient que cette finalité s'est effacée au profit de la protection de la volonté des parties.

1054 Voir *supra*, nº 268. Voir aussi : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12e édition, PUF, 2018, V° Irrévocable, 2 : « *l'exclusion impérative de toute faculté de révocation unilatérale, impliquant la prohibition de toute clause par laquelle le donateur se réserverait un moyen direct ou indirect de détruire ou d'atténuer l'effet de la donation* ».

1055 L'irrévocabilité spéciale des donations a pour conséquence, d'autre part, la prohibition des clauses par lesquelles le donateur se réserverait la faculté de remettre en cause la donation. Lorsque les auteurs indiquent que la forme a pour finalité d'assurer l'irrévocabilité spéciale des donations, c'est davantage le premier aspect que le second qu'ils visent. Certes, l'intervention du notaire exclut toute clause portant atteinte à l'irrévocabilité spéciale. Voir aussi *supra*, nº 268.

582. L'accord gratuit constitue une exception au principe du consensualisme. La forme garantit l'intention de produire des effets de droit des parties. Elle garantit également les autres fondements de la force obligatoire.

B. LA FORME, ÉLÉMENT OBJECTIF MATÉRIALISANT L'ACCORD

583. La forme constitue un élément objectif nécessaire et suffisant pour compenser l'absence de rencontre des intérêts. Selon la conception du contrat défendue notamment par Rouhette, les accords qui ne concrétisent pas la rencontre des intérêts des parties, qui comprennent des engagements dépourvus de cause objective, sont dépourvus de force obligatoire[1056]. Toutefois, ils sont susceptibles de se voir conférer force obligatoire lorsqu'ils adoptent une certaine forme. Rouhette développe une argumentation reposant sur un lien historique entre forme et cause. Il rappelle que le droit romain ne conférait force obligatoire qu'aux engagements respectant des formes prédéterminées. Il énonce ensuite que l'ancien droit a renoncé à ces exigences de forme et a admis la force obligatoire des accords non formels, à la condition que les engagements qu'ils contiennent soient causés. À la forme s'est substituée la cause. Mais la forme demeure, en l'absence de cause, susceptible de fonder la force obligatoire du contrat. Le droit positif confère donc force obligatoire aux accords qui, ne matérialisant pas la rencontre des intérêts des parties, adoptent toutefois une forme prédéterminée[1057]. La forme pallie l'absence de cause objective. Elle serait « *le substitut d'une absence, la correction d'un défaut* », « *elle ne remplace pas la cause mais elle remplace les éléments objectifs de celle-ci*[1058] ».

584. Si l'on retient que la force obligatoire du contrat est fondée sur la rencontre des intérêts des parties, l'accord gratuit ne peut, en principe, se voir conférer force obligatoire. La forme constitue un élément objectif palliant à l'absence de rencontre des intérêts. Elle garantit également la légitimité des attentes du bénéficiaire.

1056 Voir *supra*, n° 548.

1057 Les auteurs n'envisagent que la donation : G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, *op. cit.* nbp n° 969, n^{os} 123-129 et 226. Voir aussi : H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français*, *op. cit.* nbp n° 1040, n° 461 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983, n° 482 bis.

1058 H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français*, *op. cit.* nbp n° 1040, n° 461.

C. LA FORME, GARANTIE DE LA LÉGITIMITÉ DES ATTENTES DU BÉNÉFICIAIRE

585. L'adoption d'une forme établit la légitimité des attentes du bénéficiaire. Le respect d'une forme prédéterminée par la loi peut faire naître une attente légitime chez le bénéficiaire : le formalisme a ainsi pour rôle « *la création du lien obligatoire, par la confiance qu'elle fait naître chez le créancier de l'engagement, et plus particulièrement chez le créancier d'un engagement gratuit*[1059] ». La forme garantit donc les fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit. Il convient dès lors d'identifier, parmi les différentes formes reconnues en droit positif, lesquelles sont suffisantes pour jouer ce rôle de garantie.

§2. L'IDENTIFICATION DES FORMES GARANTISSANT LES FONDEMENTS DE LA FORCE OBLIGATOIRE DE L'ACCORD GRATUIT

586. Le formalisme des contrats à titre gratuit a, selon nous, pour finalité principale de garantir les fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit. C'est un lieu commun de relever que les principaux contrats à titre gratuit ne sont pas consensuels : la donation est, en principe, conclue par acte notarié, tandis que le prêt à usage est un contrat réel. Selon nous, ces exigences sont justifiées par la gratuité et ont pour finalité principale de garantir les fondements de la force obligatoire du contrat.

587. Corrélativement, l'accord gratuit doit être doté de la force obligatoire des contrats lorsqu'il est conclu dans une forme garantissant les fondements de cette force obligatoire. Pour déterminer les formes permettant de qualifier un accord gratuit de contrat, il faut rechercher quelles formes sont suffisantes pour garantir les fondements de sa force obligatoire.

588. Plan. Cette analyse conduit à exclure l'accord verbal ou par acte sous signature privée (A.), mais à retenir l'acte notarié, ainsi que l'acte apparemment onéreux (B.).

1059 G. CATTALANO-CLOAREC, *Le contrat de prêt*, *op. cit.* nbp nº 976, nº 103.

A. Les formes écartées
B. Les formes retenues

A. LES FORMES ÉCARTÉES

589. Plan. Tant l'accord verbal (1.) que la conclusion d'un acte sous signature privée (2.) sont insuffisants à garantir les fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit.

1. L'accord verbal
2. L'acte sous signature privée

1. L'accord verbal

590. La donation verbale est nulle. L'article 931 du code civil dispose que la donation est nulle faute d'avoir été conclue « *devant notaires dans la forme ordinaire des contrats*[1060] », c'est-à-dire d'un acte authentique[1061]. Ce principe est assorti de trois exceptions. Est valable le don manuel, la « *remise matérielle, c'est-à-dire* [la] *tradition de meubles corporels inspirée par une intention libérale*[1062] ». Sont également valables la donation déguisée, laquelle est la donation faite « *sous l'apparence d'un acte à titre onéreux* », et la donation indirecte, faite « *par un acte dont la seule apparence ne permet pas de dire s'il est à titre gratuit ou à titre onéreux*[1063] ». Il ressort de quelques décisions des juges du fond que la donation verbale, c'est-à-dire le simple échange d'une offre et d'une acceptation orales, est nulle, voire inexistante[1064].

1060 Article 931 du code civil : « *Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité*. »

1061 L'acte authentique est « *celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter* » (article 1369 alinéa premier du code civil). Le notaire est un officier public ayant qualité pour instrumenter (article 1er de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat). L'acte passé devant notaire en la forme ordinaire des contrats visé par l'article 931 du code civil constitue donc un acte authentique au sens de l'article 1369 du même code (voir aussi : Civ. 1re, 10 juin 1987, n° 84-13.651, *Bull. civ.* I, n° 188 ; Civ. 1re, 22 février 2017, n° 16-14.351, *Bull. civ.* I, n° 41).

1062 F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1053, n° 538.

1063 M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 1324.

1064 Quelques arrêts visent la « *donation verbale* » ou la « *promesse de donation* ». L'un se prononce sur une « *donation verbale* » non exécutée, a retenu l'absence de donation, pour des motifs laissant entendre l'absence d'intention de produire des effets de droit (CA Douai, 24 septembre 2014, n° 14/00848 : relevant que l'auteur de la donation « *était collectionneur et connaissait par conséquent la pratique en matière d'acquisition et de cession d'un véhicule automobile* » et en conclu qu' « *il n'a pas procédé au transfert de la propriété de son véhicule* »). Un autre énonce qu'une promesse de donation faite par acte sous signature privé avait pour résultat que son autrice « *n'était pas définitivement engagée* » et qu' « *il lui était donc loisible de revenir son intention libérale* » (CA Toulouse, 12 septembre 2011, n° 10/03392). Un troisième a conclu que « *la promesse de don manuel* [est] *par suite à elle seule dépourvue de tout effet juridique entre les parties* » (CA Metz, 3 mai 2016, n° 14/03374).

591. L'accord verbal sur une prestation de prêt pourrait, en l'état du droit positif, se voir reconnaître force obligatoire. Le prêt est, en principe, un contrat réel[1065]. Le contrat réel est celui dont la « *formation est subordonnée à la remise d'une chose*[1066] ». Le prêt n'est pas formé par le seul accord de volontés. Il naît lors de la remise de la chose prêtée ou déposée[1067]. La doctrine débat de la suppression de la catégorie des contrats réels et de nombreux auteurs y sont favorables[1068]. Aux termes de l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant, le prêt est un contrat consensuel[1069]. L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck propose de conserver le

En droit commercial, le terme de « donation verbale » de fonds de commerce désigne le don manuel de fonds de commerce : E. CRUVELIER, « Fonds de commerce : régime fiscal », *Répertoire de droit commercial*, janvier 2023, n^{os} 198-199.

1065 Bien que le code civil ne le précise pas expressément, la jurisprudence a retenu que le prêt à usage et le prêt de consommation sont en principe des contrats réels. Pour le prêt de consommation, voir par exemple : Civ. 1re, 7 mars 2006, n^{o} 02-20.374, *Bull. civ.* I, n^{o} 138. À notre connaissance, la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de l'affirmer expressément pour le prêt à usage ; voir : CA Toulouse, 4 octobre 2005, n^{o} 03/01745 ; CA Paris, 18 avril 2013, n^{o} 11/15878. Rappelons que le prêt à usage est le prêt de choses de genre, et que le prêt de consommation est celui de choses fongibles.

1066 Article 1109 alinéa 3 du code civil.

1067 Ce caractère réel est remis en cause, notamment pour le prêt. Les contrats de prêt consentis par les professionnels du crédit se sont vus conférer la qualité de contrats consensuels par la Cour de cassation en 2000 : Civ. 1re, 28 mars 2000, n^{o} 97-21.422, *Bull. civ.* I, n^{o} 105 ; *JCP E* 2000, p. 898, concl. J. SAINTE-ROSE ; *D.* 2000. 482, note S. PIEDELIÈVRE ; *ibid.* 239, obs. J. FADDOUL ; *ibid.* 358, obs. P. DELEBECQUE ; *ibid.* 2001. 1615, obs. M.-N. JOBARD-BACHELLIER ; *ibid.* 2002. 640, obs. D. R. MARTIN ; *RTD com.* 2000, p. 991, obs. M. CABRILLAC ; *JCP N* 2000, p. 1270, note D. LOCHOUARN ; *Contrats, conc., consom.* 2000, comm. 106, obs. L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2000, n^{o} 11, p. 720, obs. J.-L. AUBERT ; Civ. 1re, 14 janvier 2010, n^{o} 08-13.160, *Bull. civ.* I, n^{o} 6 ; *D.* 2010. 259, obs. V. AVENA-ROBARDET, *ibid.* 620, note J. FRANÇOIS ; *RTD com.* 2010, p. 763, obs. D. LEGEAIS ; *RD banc. fin.* mars-avril 2010, p. 53, note X. LAGARDE.

1068 La doctrine moderne défend la suppression de la catégorie des contrats réels par l'opportunité de conférer pleine force obligatoire à la « promesse » de contrat réel. Elle réserve l'hypothèse du don manuel, lequel doit rester un contrat réel : G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.* nbp n^{o} 967, n^{o} 60 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. Tome 2. Contrat*, *op. cit.* nbp n^{o} 967, n^{o} 192 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 2. 1. Obligations : théorie générale*, 9^{e} édition, Montchrestien, 1998, n^{o} 82 ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LÉCUYER, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 3^{e} édition, LGDJ-Lextenso, 2012, n^{o} 22129.
Plusieurs auteurs prônent toutefois le maintien de la catégorie : J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Le contrat, le consentement*, *op. cit.* nbp n^{o} 964, n^{o} 959 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp n^{o} 967, n^{o} 213.
Il était communément admis que la « promesse » de contrat réel avait force obligatoire : voir *infra*, n^{o} 592.
La question de la suppression de la catégorie des contrats réels relevait de la pédagogie. Il pouvait apparaître inutile de distinguer la « promesse » de contrat réel du contrat lui-même et donc plus simple, dans une perspective de clarification des règles de droit, de considérer que la « promesse » de contrat constitue le contrat lui-même. Voir ainsi : C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 6, 4^{e} édition, Warée, 1824, p. 16 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général. Tome 2. Sources des Obligations*, Librairie Arthur Rousseau, 1923, n^{o} 502 ; F. COMBESCURE, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1903, p. 477.

1069 Articles 102 (prêt à usage) et 116 (prêt translatif, substitué au prêt de consommation) de l'offre de réforme. Sur celle-ci, voir *supra*, n^{o} 95.

caractère réel du prêt pour le prêt à usage désintéressé et le prêt de consommation gratuit, et de l'abandonner pour le prêt à usage intéressé et le prêt de consommation onéreux[1070].

592. Mais ce caractère réel ne fait pas obstacle à la force obligatoire de l'accord par lequel une personne s'engage à concéder temporairement l'usage d'une chose ou à conserver la chose d'autrui. En effet, la doctrine a toujours retenu que la « promesse » consensuelle de contrat réel, c'est-à-dire l'accord entre les parties ayant pour objet la prestation de prêt ou de dépôt, avait force obligatoire. Il est certain que les parties sont tenues d'exécuter la promesse, c'est-à-dire à tout le moins que le prêteur est tenu de remettre la chose et le dépositaire de l'accepter. Seule la sanction de cette inexécution est incertaine. Au XIX^e^ siècle, les auteurs considéraient que la « promesse » de contrat réel pouvait faire l'objet d'une exécution forcée[1071], c'est-à-dire que le prêteur pouvait être contraint de remettre la chose et le dépositaire de la recevoir. Toutefois, par un arrêt rendu en 1981 relatif à un prêt d'argent, la Cour de cassation a énoncé que faute de remise de la chose, le prêt n'était pas formé et que l'inexécution du prêteur ne pouvait pas être sanctionnée par l'exécution forcée de la chose, mais seulement par l'octroi de dommages-intérêts[1072]. La « consensualisation » du prêt consenti par un professionnel du crédit a renforcé indirectement cette jurisprudence. En 2000, la Cour de cassation a jugé que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel et oblige le prêteur au paiement

1070 Articles 1877 et 1893 de l'avant-projet. Sur celui-ci, voir *supra*, n° 95.

1071 Certains évoquent expressément l'exécution forcée : C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 6, *op. cit.* nbp n° 1068, p. 16 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 15, Durand & Pedone Lauriel-Bruylant-Christophe et comp., 1874, n° 445.
D'autres retiennent que la promesse de contrat réel est obligatoire sans distinguer parmi les effets qu'elle pourrait produire : C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français*, 3^e^ édition, tome 3, Imprimerie et librairie générale de droit et de jurisprudence, 1856, note 3 sous § 340 ; C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, *op. cit.* nbp n° 982, n° 32 ; P. PONT, *Commentaire-traité des petits contrats*, tome 1, 2^e^ édition, Delamotte et fils, 1877, n^os^ 13 (prêt) et 392 (dépôt) ; A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 5, continué par E. Colmet de Santerre, Henri Plon, 1884, n° 9 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 3, 5^e^ édition, Librairie du recueil général des lois et des arrêts, 1896, n^os^ 801 (prêt) et 848 (dépôt) ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général. Tome 2*, *op. cit.* nbp n° 1068, n° 502 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 3^e^ édition, Librairie du recueil Sirey, 1939, n° 153 ; R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 2^e^ édition, tome 12, par R. Rodière et A. Percerou, Rousseau et cie, 1947, n° 228 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 2, 10^e^ édition, par L. Julliot de la Morandière, Dalloz, 1948, n^os^ 1211 (prêt) et 1232 (dépôt) ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol. Tome 3. Sûretés. Contrats civils*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958, n^os^ 2298 (prêt) 2255 (dépôt). Voir toutefois, indiquant que la violation de la promesse de contrat réel est susceptible de faire l'objet de l'octroi de dommages-intérêts, sans se prononcer sur la possibilité d'exécution forcée : A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 10, Alex-Gobelet, 1830, n° 83.

1072 Civ. 1^re^, 20 juillet 1981, n° 80-12.529, *Bull. civ.* I, n° 267. La Cour de cassation a considéré que la cour d'appel avait retenu « *à bon droit qu'un prêt de consommation, contrat réel, ne se réalise que par la remise de la chose prêtée* » et « *qu'à défaut de réalisation du contrat de prêt*, [les prêteurs] *ne pouvaient être tenus qu'à des dommages-intérêts en raison de leur manquement fautif à leur engagement de prêter des fonds* ».

de la somme convenue[1073]. Dans cette décision, la reconnaissance du caractère consensuel du prêt a été jugée déterminante pour que soit ordonnée l'exécution d'un contrat de prêt conclu par acte sous signature privée. Au contraire, la Cour de cassation a confirmé que les « promesses » de contrat réel ne pouvaient pas faire l'objet d'une exécution forcée. L'ordonnance du 10 février 2016 a introduit la notion de contrat réel dans le code civil, mais elle n'a pas précisé le régime des « promesses » de contrat réel. Elle n'a *a priori* pas modifié l'état du droit positif[1074]. Il en ressort que la promesse de prêt a force obligatoire. Certains auteurs précisent, malgré la jurisprudence, que la promesse de prêt est susceptible de faire l'objet d'une exécution forcée[1075]. D'autres, suivant la Cour de cassation, retiennent que seul l'octroi de dommages-intérêts est possible[1076]. L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck énonce que la promesse de prêt réel, c'est-à-dire, dans le système de l'avant-projet, la promesse de prêt à usage désintéressé ou de prêt de consommation gratuit, ne peut donner lieu à exécution forcée mais seulement à l'octroi de dommages-intérêts[1077]. Il est donc certain que l'accord informel ayant pour objet une prestation de prêt oblige les parties. Son inexécution est sanctionnée, *a minima*, par des dommages-intérêts. Dès lors, un accord verbal sur une prestation de prêt pourrait se voir reconnaître force obligatoire.

593. Il en est de même du dépôt. Le dépôt est également un contrat réel[1078]. Les deux avant-projets conservent ce caractère[1079]. Néanmoins, la « promesse » de dépôt, autrement dit,

1073 Voir *supra*, nbp n° 1067.

1074 O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.* nbp n° 964, p. 77.

1075 J. HUET *et al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp n° 1068, n° 22129 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14e édition, LGDJ-Lextenso, 2021, nos 424 et 461.
Voir aussi, retenant la force obligatoire de la promesse sans préciser la nature de la sanction de sa violation : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. Tome 2. Contrat*, *op. cit.* nbp n° 967, n° 192 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Obligations : théorie générale*, *op. cit.* nbp n° 1068, n° 84 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Le contrat, le consentement*, *op. cit.* nbp n° 964, n° 953.
Voir aussi, prévoyant que le prêt à usage et le prêt de consommation rebaptisé prêt translatif soient des contrats consensuels : articles 101 et 115 de l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant.

1076 F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp n° 967, n° 212 ; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 8e édition, Dalloz, 2019, nos 752 (prêt à usage), 790 (prêt de consommation).

1077 Articles 1877-1 et 1893-1 de l'avant-projet. Sur la distinction entre prêt désintéressé ou gratuit et prêt intéressé ou onéreux et le formalisme dans cet avant-projet, voir *supra*, n° 591. Sur cet avant-projet en général, voir *supra*, n° 95.

1078 Article 1919 du code civil.

1079 Article 128 de l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant ; article 1920 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck. Les commentaires contenus dans le document de présentation de l'offre de réforme indiquent que ce caractère réel permet de « *faire face aux besoins de la pratique* », sans indiquer précisément la nature de ces besoins (offre de réforme, p. 57, *in fine*). Sur ces avant-projets, voir *supra*, n° 95. Voir aussi, critiquant le maintien du caractère réel du dépôt dans l'offre de réforme de l'Association Henri Capitant : F. LEDUC, « Le contrat

l'accord sur la prestation de dépôt non exécuté, n'en est pas moins obligatoire. La doctrine est également divisée sur la sanction de l'inexécution de cette « promesse ». Certains retiennent que l'accord sur la prestation de dépôt qui ne constitue pas un contrat de dépôt faute de remise de la chose est susceptible de faire l'objet d'une exécution forcée[1080]. D'autres, préconisant l'application au dépôt de la solution retenue en matière de prêt, retiennent que seul l'octroi de dommages-intérêts est possible[1081]. L'avant-projet de la commission Stoffel-Munck suggère de consacrer cette dernière solution et énonce que l'accord sur la prestation de dépôt, désigné par le terme « *promesse synallagmatique de dépôt* », peut donner lieu à l'octroi de dommages-intérêts en cas de révocation de l'une ou l'autre des parties[1082]. En toute hypothèse, l'accord ayant pour objet une prestation de dépôt non exécuté est obligatoire. La doctrine est *a minima* unanime sur le fait qu'il soit sanctionné par des dommages-intérêts.

594. De même, le mandat et la convention d'assistance bénévole ne sont soumis à aucune forme. Le droit positif n'édicte aucune exigence de forme s'imposant au mandat ou à la convention d'assistance bénévole. Le mandat, peut « *être donné verbalement*[1083] » et son acceptation peut « *n'être que tacite, et résulter de l'exécution qui lui a été donnée*[1084] ». La jurisprudence ne confirme ni n'infirme l'application de cette disposition aux contrats gratuits[1085]. Le caractère consensuel du mandat est conservé par les avant-projets de réforme du

---

de dépôt dans l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux proposée par l'Association Henri Capitant », *in L'offre de réforme des contrats spéciaux. Réflexions libres à partir du projet de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, 2021, p. 208, n° 15.
Sur tous ces points, voir *infra*, n° 591.

1080 J. HUET *et al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp n° 1068, n° 33129 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.* nbp n° 1075, n° 759.

1081 F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp n° 967, n° 212 ; J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, 10e édition, LexisNexis, 2019, n° 569. Voir aussi, retenant que l'article 1221 du code civil s'opposerait à l'exécution forcée : P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 8e édition, Dalloz, 2019, n° 1012.

1082 Cette règle résulte d'une lecture conjointe des articles 1921 et 1922 alinéa 3 de l'avant-projet. L'article 1921, relatif à la promesse unilatérale de remettre une chose à titre de dépôt, dispose que le déposant peut être tenu à des dommages-intérêts en cas d'inexécution. L'article 1922 alinéa 2, relatif à la promesse unilatérale de recevoir une chose à titre de dépôt, dispose que le dépositaire prévoit que le dépositaire peut être tenu à des dommages-intérêts en cas d'inexécution. L'article 1922 alinéa 3 énonce qu' « *Il en va de même en cas de promesse synallagmatique de faire et de recevoir un dépôt.* » Quoique l'alinéa 3 ne semble faire référence qu'à l'alinéa 2 de l'article 1922, il semble qu'il doive-t-être lu comme rendant également applicable à la promesse synallagmatique de dépôt la règle de l'article 1921. Il en ressort que tant le déposant que le dépositaire peuvent être tenus à des dommages-intérêts au cas d'inexécution. Sur cet avant-projet en général, voir *supra*, n° 95.

1083 Article 1985, alinéa 1er du code civil. L'article se borne ici à rappeler le principe du consensualisme aujourd'hui consacré à l'article 1172 du code civil.

1084 Alinéa 2.

1085 À notre connaissance, aucune décision de la Cour de cassation n'a répondu à la question de l'application de cette disposition à un mandat gratuit, ni n'a même été rendue dans une affaire dans laquelle cette disposition avait été appliquée à un mandat gratuit. Si la Cour de cassation a rendu des arrêts par lesquels elle admet l'existence et la validité d'un mandat informel, ils ne portent à notre connaissance que sur des

droit des contrats spéciaux, sans qu'une exception ne soit prévue pour les mandats à titre gratuit[1086]. La doctrine n'évoque pas davantage d'exception pour les mandats gratuits. La convention d'assistance bénévole est absente du code civil. La question de sa validité en la forme ne reçoit de réponse ni en droit positif, ni en doctrine[1087]. Les avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux, qui préconisent l'intégration dans le code civil du contrat d'entreprise gratuit ou du contrat de prestation de service gratuit, ne prévoient pas de formalisme particulier[1088].

595. L'accord verbal ne garantit pas les fondements de la force obligatoire. L'accord verbal, quelles que soient les circonstances dans lesquelles il est conclu et la formulation adoptée par les parties, ne garantit pas les fondements de la force obligatoire des engagements qu'il contient. Il ne témoigne pas d'une intention de produire des effets de droit suffisante, est insuffisant à pallier l'absence d'intérêt du concédant, et à conférer une quelconque légitimité aux attentes du bénéficiaire. Celui qui s'est engagé verbalement et n'a pas procédé à l'exécution ne peut être sanctionné. Peu importe, à cet égard, que la prestation promise ait consisté dans une mission de représentation, d'assistance ou de conservation d'un bien, ou dans la mise à disposition d'un tel bien. L'accord verbal ne garantit pas les fondements de la force obligatoire. Notamment, la validité des promesses verbales de prêt ou de dépôt gratuits doit être écartée. De même, l'acte sous signature privée ne constitue pas une forme suffisante pour garantir les fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit.

2. L'acte sous signature privée

596. La donation est nulle lorsqu'elle est consentie par acte sous signature privée, mais, en droit positif, la « promesse » de prêt et de dépôt, de même que le contrat de mandat et d'assistance bénévole, ont force obligatoire. L'acte sous signature privée est l'acte écrit établi

mandats à notre sens onéreux. Voir ainsi : Civ. 1re, 5 mars 2005, nº 03-14.388, *Bull. civ.* I, nº 131 ; Com., 4 novembre 2014, nº 13-13.266. *Adde.* C. LAZERGES, « Les mandats tacites », *RTD* civ. 1975, p. 222.

1086 Article 143 de l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant ; article 1987 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck. Sur ces avant-projets, voir *supra*, nº 95.

1087 Voir cependant, préconisant de conditionner la validité du contrat d'entreprise à « *la rédaction d'un écrit* » ou « *à la remise ou la réception du bien fabriqué ou construit, à la manière d'un contrat réel* » : V. MAZEAUD, « Le contrat d'entreprise », *in* Dossier « Libres réflexions autour de la réforme des contrats spéciaux », *RDC* mars 2023, p. 225.

1088 Article 71 de l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'association Henri Capitant ; article 1756 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck. Sur ce point, voir *supra*, nº 2. Sur ces avant-projets, voir *infra*, nº 95.

par les parties et signé de leurs mains[1089]. La donation ne peut être consentie par acte sous signature privée. Le contrat conclu sous la forme d'un acte écrit signé par les deux parties et dont il ressort ostensiblement qu'il constitue une donation est dépourvu de force obligatoire parce que nul[1090].

597. Le prêt et le dépôt sont en principe des contrats réels, mais la « promesse » de prêt et de dépôt, c'est-à-dire l'accord sur la prestation de prêt ou de dépôt non exécuté, a force obligatoire, quoique selon la doctrine majoritaire elle ne soit sanctionnée que par des dommages-intérêts et ne puisse faire l'objet d'une exécution forcée[1091].

598. Quant aux contrats de mandat gratuit et d'assistance bénévole, la loi ne les soumet à aucune condition de forme particulière de sorte que l'accord conclu par acte sous signature privée pourrait être doté de la force obligatoire[1092].

599. La conclusion de l'accord par acte sous signature privée ne suffit pas à garantir les fondements de la force obligatoire. Le droit positif révèle une divergence entre la donation, laquelle ne peut résulter d'un simple acte sous signature privée, et les contrats de services gratuits. Cette divergence doit être résorbée. Certes, les contrats de services gratuits sont habituellement présentés comme étant moins dangereux que les donations. Il pourrait en résulter que la signature d'un acte sous signature privée ne suffit pas à établir le sérieux d'un engagement aussi lourd de conséquences que la donation mais pourrait suffire à garantir les fondements de la force obligatoire de l'engagement de celui qui promet l'accomplissement d'un service gratuit. La doctrine retient que le formalisme des donations satisfait un ensemble de finalités : il permettrait notamment d'avertir les parties sur la portée de l'acte, les possibilités de révocation et les conséquences successorales et de préconstituer une preuve en vue de l'exercice de la faculté de révocation ou du rapport et de la réduction[1093]. La donation, en raison de son régime particulier et de ses implications successorales, serait un acte complexe. Le

1089 G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, 11e édition, PUF, 2016, Vo Acte sous seing privé : « *Acte écrit établi (sur papier ou sur support électronique) par les parties elles-mêmes sous leur seule signature (seing privé) sans l'intervention d'un officier public* […] ».

1090 Voir ainsi : Civ. 1re, 16 mars 1999, no 97-16.244, *Bull. civ.* I, no 104 ; Civ. 1re, 3 janvier 2006, no 02-17.656, *Bull. civ.* I, no 3 ; Civ. 1re, 22 février 2017, no 16-14.351, *Bull. civ.* I, no 223.
Dans le même sens, la doctrine retient que la promesse de don manuel par acte sous signature privée ne peut produire d'effets de droit : J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp no 1045, no 86 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp no 1045, no 1285 ; A. ROUAST, *Les libéralités entre vifs exemptes de formes*, Les cours de droit, 1948-1949, p. 113 ; R. TENDLER, « Le don manuel, une institution anachronique ? », *D.* 1989, chron. 245, p. 248.

1091 Voir *supra*, no 591.

1092 Voir *supra*, no 594.

1093 Voir *supra*, nbp no 1045.

formalisme notarié permettrait d'informer les parties sur son contenu et de conserver la mémoire de celui-ci. En d'autres termes, le formalisme des donations serait justifié par des finalités spécifiques à celles-ci.

600. Cependant, l'affirmation selon laquelle les donations présenteraient une dangerosité supérieure à celle des contrats de services gratuits, et une complexité justifiant l'existence d'un formalisme particulier, doit être nuancée.

601. Il est fréquemment relevé en doctrine que la justification du formalisme de principe de la donation est mise à mal par l'admission de larges exceptions. Le régime des donations est complexe et elles sont soumises à une exigence de publicité, ce qui peut justifier une exigence formaliste particulière. Mais la jurisprudence a admis la validité de donations consenties dans des formes variées : don manuel, donation déguisée, donation indirecte. Ces formalismes ne satisfont pas les finalités de protection et de publicité attribuées au formalisme de la donation[1094]. Ainsi, le déguisement sous la forme d'un acte onéreux ne saurait pallier l'absence d'intervention du notaire ; la contre-lettre, par définition dissimulée, est insuffisante à sa publicité et sa preuve[1095]. La réalisation d'un acte onéreux déséquilibré n'implique pas la connaissance de sa portée et ne permet pas de garantir la publicité et la preuve[1096]. L'existence de finalités propres au formalisme de la donation peut être mise en doute.

602. Le contrat de service gratuit est également dangereux[1097]. Il engage le patrimoine du concédant[1098]. L'inexécution de ses obligations est sanctionnée, *a minima*, par des dommages-

1094 J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1045, nº 105 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp nº 1045, nº 1278 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1053, nº 537 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1045, nº 324 ; X. LAGARDE, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du code civil », *loc. cit.* nbp nº 1053 ; W. DROSS, « Le formalisme des libéralités », *in* W. DROSS et T. FAVARIO (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & martin, 2014, p. 109.

1095 J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1045, nº 105 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp nº 1045, nº 1278 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1053, nº 537 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1045, nº 324 ; X. LAGARDE, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du code civil », *loc. cit.* nbp nº 1053.

1096 J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1045, nº 128 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp nº 1045, nº 1326. On peut dire la même chose du don manuel : *ibid.*, nº 1281. Voir *contra*, retenant que « *Le don manuel est, parmi les donations non solennelles, l'opération où se vérifie le mieux l'idée d'un formalisme de remplacement* » : J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, précité, nº 81.

1097 Voir aussi, préconisant la soumission du contrat d'entreprise gratuit à la rédaction d'un écrit ou à la remise matérielle d'un bien : V. MAZEAUD, « Le contrat d'entreprise », *loc. cit.* nbp nº 1087.

1098 G. GORLA, *Le contrat dans le droit continental et en particulier dans le droit français et italien*, Instituto universitario di studi europei, 1958, nº 12, p. 66 cité par Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, 2004, nº 151. Voir aussi, retenant que la donation n'est pas un acte grave tel qu'il requière une protection renforcée pour le donateur : X. LAGARDE, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du code civil », *loc. cit.* nbp nº 1053.

intérêts. Et l'exécution d'une prestation sans contrepartie équivalente produit chez le concédant un manque à gagner. Le contrat de service gratuit engage donc définitivement à fournir une prestation sans contrepartie.

603. Le contrat de service gratuit, comme la donation, requiert, pour être doté de la force obligatoire, une forme susceptible de garantir les fondements de celle-ci, c'est-à-dire une forme manifestant suffisamment clairement l'intention des parties de produire des effets de droit, constituant un élément objectif suffisant compensant l'absence de rencontre des intérêts des parties et justifiant la légitimité des attentes du bénéficiaire. La conclusion d'un acte sous signature privée est insuffisante pour garantir les fondements de la force obligatoire du contrat à titre gratuit[1099].

604. À cet égard, il pourrait être souhaité que les avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux intègrent des dispositions relatives à la forme des « promesses » de contrat de prêt et de dépôt gratuit, du mandat gratuit et du contrat de prestation de service ou d'entreprise gratuit[1100]. Une telle solution n'est, toutefois, pas indispensable. Si de tels accords ne doivent pas être dotés de la force obligatoire lorsqu'ils sont conclus verbalement ou par acte sous signature privée, le défaut de force obligatoire pourrait résulter du constat, par les juges du fond, de l'absence de rencontre des volontés tendant à produire des effets de droit. En d'autres termes, un tel accord pourrait donner lieu à un constat d'absence de contrat et non d'existence d'un contrat nul en la forme. En conséquence, l'accord verbal et l'acte sous signature privée nous paraissent insuffisants pour garantir les fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit et lui conférer la qualité de contrat. Au contraire, l'acte authentique et le contrat à titre onéreux à contrepartie déséquilibrée ou fictive garantissent, selon nous, les fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit.

1099 Voir *contra*, jugeant que la rédaction d'un écrit constitue une formalité suffisante pour le contrat d'entreprise gratuit que l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck propose de créer : V. MAZEAUD, « Le contrat d'entreprise », *loc. cit.* nbp n° 1087.

1100 Voir également en ce sens, au sujet du contrat d'entreprise gratuit dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck : V. MAZEAUD, « Le contrat d'entreprise », *loc. cit.* nbp n° 1087.

B. LES FORMES RETENUES

605. Plan. Tant la conclusion d'un accord par acte authentique (1.) que celle d'un contrat à titre onéreux à contrepartie déséquilibrée ou fictive (2.) garantissent les fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit.

1. L'acte authentique
2. Le contrat à titre onéreux à contrepartie déséquilibrée ou fictive

1. L'acte authentique

606. Les contrats à titre gratuit conclus par acte authentique ont force obligatoire. L'acte authentique est la forme dans laquelle la donation doit, en principe, être conclue[1101]. La donation par acte authentique est ainsi revêtue de la force obligatoire. Les « promesses » de prêt ou de dépôt ne sont soumises à aucune condition de forme[1102]. *A fortiori*, l'accord gratuit de prêt ou de dépôt conclu par acte authentique doit avoir force obligatoire.

607. Quant au mandat gratuit et à l'assistance bénévole, ils ne sont soumis à aucune exigence formelle en droit positif[1103]. Ils sont valables lorsqu'ils sont conclus par acte authentique. Il en ressort que l'ensemble des accords gratuits sont revêtus de la force obligatoire lorsqu'ils sont conclus par acte authentique.

608. Cette solution doit être approuvée : l'accord conclu devant notaire garantit les fondements de la force obligatoire. La signature d'un acte devant un notaire ne laisse aucun doute sur l'intention des parties de produire des effets de droit. Elle constitue un élément objectif palliant efficacement l'absence d'intérêt retiré par le concédant de l'engagement. Elle fait naître une attente légitime chez le bénéficiaire que le concédant ne refusera pas l'exécution. L'acte authentique constitue une garantie suffisante des fondements de la force obligatoire.

609. Cette analyse ne peut, toutefois, être étendue aux dons d'éléments et produits du corps humain. Les dons d'éléments et produits du corps humain ne sont concrétisés que lors de la réalisation du prélèvement. Avant ce prélèvement, le code de la santé publique que le consentement du donneur « *est révocable à tout moment*[1104] ». Il en ressort que quelle soit la forme dans laquelle le consentement du donneur est exprimée, elle n'oblige pas le donneur. Autrement dit, la « promesse » de don d'éléments et produits du corps humain ne constitue pas

1101 Voir *supra*, n° 590.
1102 Voir *supra*, n° 592.
1103 Voir *supra*, n° 594.
1104 Article L. 1211-2 du code de la santé publique.

un contrat[1105]. Cette exclusion est justifiée par la spécificité des éléments et produits du corps humain. Nul ne saurait être soumis à un prélèvement en vue d'un don s'il le refuse. Nul ne saurait davantage être tenu d'indemniser le préjudice résultant de la révocation de son consentement.

2. Le contrat à titre onéreux à contrepartie déséquilibrée ou fictive

610. La donation déguisée et la donation indirecte adoptant pour support un contrat à titre onéreux sont valables et produisent des effets de droit. Selon la doctrine, la donation déguisée est celle faite sous l'apparence d'un acte à titre onéreux[1106]. L'exemple le plus courant, en doctrine comme en jurisprudence, est celui de la donation déguisée sous forme de vente : les parties concluent un acte ostensible de vente et une contre-lettre prévoyant que le prix n'en sera pas payé. La jurisprudence a retenu qu'un tel acte est valable en la forme pourvu qu'il respecte la forme prescrite par le droit pour l'acte à titre onéreux sous lequel elle se dissimule[1107]. La donation indirecte est celle faite par un acte dit neutre, dont rien ne permet, au premier abord, de déterminer s'il est à titre gratuit ou à titre onéreux[1108]. La donation indirecte recouvre un ensemble d'hypothèses. Parmi ses figures principales se trouvent le contrat à titre onéreux déséquilibré, et notamment la vente à vil prix[1109].

611. Ces formes garantissent les fondements de la force obligatoire. La conclusion d'un contrat apparemment à titre onéreux suffit à fonder la force obligatoire du contrat. Les parties qui contractent un tel acte manifestent une intention sérieuse de produire des effets de droit. Nul ne peut soutenir ne pas avoir cherché à s'engager juridiquement s'il a pris la peine de conclure un acte ostensible onéreux, apparemment destiné à être juridiquement exécuté comme

---

1105 G. LOISEAU, « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », *D.* 2014. 2252.

1106 Voir *supra*, n° 590.

1107 Civ. 1re, 29 mai 1980, n° 79-11.378, *Bull. civ.* I, n° 164 ; Civ. 1re, 27 octobre 1993, n° 91-11.648, *Bull. civ.* I, n° 300.

1108 Voir *supra*, n° 590.

1109 Civ. 3e, 7 avril 1976, n° 74-12.883, *Bull. civ.* I, n° 144 ; Civ. 1re, 29 mai 1980, n° 79-11.378, *Bull. civ.* I, n° 164 ; *Defrénois* 1980, p. 1562, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1981, p. 422, obs. J. PATARIN. La doctrine inclut également dans la catégorie des donations indirectes les actes qualifiés d'abstraits ou de neutres tels que la reconnaissance de dette, la remise de dette, la renonciation à un droit ou la stipulation pour autrui : R. PONSARD, *Les donations indirectes*, *op. cit.* nbp n° 1051, p. 271 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 1045, nos 1322-1334 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1045, nos 329-341 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1053, n° 572 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 116 ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1038, n° 360.
Certaines de ces hypothèses ne satisfont pas les fondements de la force obligatoire des contrats de sorte que leur validité au regard de l'exigence de forme doit être remise en cause : voir *infra* nos 628-659.

tel. Corrélativement, la conclusion d'un tel acte fonde l'attente légitime du bénéficiaire dans son exécution. Et la conclusion d'un contrat à titre onéreux pallie à l'absence de cause de la donation qu'il dissimule ou qui est réalisée par son intermédiaire[1110]. La conclusion d'un acte apparemment à titre onéreux constitue donc une forme qui permet de fonder la force obligatoire des engagements souscrits par les parties[1111].

612. Il en résulte que l'accord portant donation se voit conférer force obligatoire lorsque les parties concluent un acte ostensiblement onéreux sous lequel la donation est déguisée ou à travers le déséquilibre duquel elle est réalisée. En d'autres termes, l'accord gratuit bénéficie de la force obligatoire lorsqu'il adopte une « forme onéreuse[1112] ». De même, la conclusion d'un accord onéreux à contrepartie déséquilibrée ou simulée garantit les fondements de la force obligatoire de l'accord de service gratuit. L'accord gratuit adoptant une « forme onéreuse », de même que celui prenant la forme d'un acte authentique, doit donc avoir force obligatoire. L'adoption de ces formes par l'accord gratuit garantit les fondements de sa force obligatoire et permet de le qualifier de contrat. L'implication d'un tiers au rapport de gratuité exerce la même fonction.

SECTION II
L'IMPLICATION D'UN TIERS AU RAPPORT DE GRATUITÉ

613. Nous cherchons à définir les éléments objectifs garantissant les fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit et permettant de le qualifier de contrat. Le doute sur la qualification contractuelle de l'accord gratuit est, selon nous, justifié par l'incapacité de ce dernier à satisfaire les fondements de la force obligatoire que sont l'intention de produire des effets de droit, la rencontre des intérêts des parties, et les attentes légitimes du créancier[1113].

1110 Voir dans le même sens : G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, *op. cit.* nbp n° 969, n° 129, p. 438.

1111 Autrement dit, il pourrait s'agir de l'adoption d'un type prédéfini par la loi comme étant revêtu de la force obligatoire des contrats. Sur le type : voir J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999. Sur la forme et le type, voir aussi : G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, *op. cit.* nbp n° 969, n° 154, p. 482.

1112 L'appréhension unitaire de l'acte onéreux simulé ou déséquilibré n'est pas dépourvue de fondement jurisprudentiel : la Cour de cassation a pu qualifier la donation par acte onéreux déséquilibré de donation déguisée (Civ. 1re, 29 mai 1980, n° 79-11.378, cité nbp n° 1109). Le seul enjeu de qualification a désormais disparu : il résidait dans la nullité des donations déguisées entre époux, qui ne frappait pas les donations indirectes.

1113 Voir *supra*, nos 553-560.

Nous considérons que des éléments objectifs permettent de garantir les fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit.

614. Les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuit garantissent, selon nous, les fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit. Les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité sont celles par lesquelles le concédant procure un avantage au bénéficiaire en s'engageant à l'égard d'un tiers au rapport de gratuité ou en recevant l'engagement de ce dernier[1114]. Le tiers au rapport de gratuité est celui qui, tout en étant partie à un acte par lequel une personne procure un avantage à une autre sans contrepartie, n'en est ni concédante ni bénéficiaire. Les actes caractéristiques de cette catégorie sont les sûretés pour autrui et la stipulation pour autrui. Dans les sûretés pour autrui, une personne, le garant, concédant, s'engage pour garantir la dette d'autrui, le bénéficiaire, envers le créancier, tiers au rapport de gratuité. Dans la stipulation pour autrui, une personne, le stipulant, concédant, fait promettre à une autre, le promettant tiers au rapport de gratuité, de fournir une prestation à autrui, bénéficiaire. Dans ces deux types d'opérations, le concédant procure un avantage à un bénéficiaire en s'engageant ou recevant l'engagement d'une personne qui n'est ni concédante ni bénéficiaire, et ainsi tierce au rapport de gratuité.

615. L'implication d'un tiers au rapport de gratuité garantit, selon nous, les fondements de la force obligatoire. Le concédant qui s'engage envers un tiers qui ignore la gratuité de l'acte ou reçoit l'engagement de ce dernier manifeste une intention claire de produire des effets de droit. L'implication d'un tiers constitue un élément objectif fondant la force obligatoire de l'accord. Le bénéficiaire peut légitimement croire en l'exécution.

616. Ce prisme d'analyse permet notamment d'examiner d'un œil nouveau les actes considérés, en jurisprudence et en doctrine, comme des donations indirectes. Nous verrons en effet qu'un ensemble divers d'actes sont qualifiés de donations indirectes et ainsi valables même s'ils ne sont pas conclus en la forme authentique[1115]. La liste de ces actes, leur systématisation et la justification de leur validité sont fluctuantes[1116]. Selon nous, la validité des donations indirectes, autres que celles qui prennent la forme d'un contrat à titre onéreux à contrepartie déséquilibrée que nous avons examiné plus haut[1117], n'est justifiée que quand l'implication d'un tiers au rapport de gratuité garantit les fondements de leur force obligatoire.

1114 Voir *supra*, n° 227.
1115 Voir *infra*, n° 628.
1116 Voir *infra*, n^os^ 628-659.
1117 Voir *supra*, n^os^ 610-612.

Cette analyse nous permettra de proposer une nouvelle délimitation des donations indirectes et d'exclure de cette catégorie les actes n'impliquant pas un tiers au rapport de gratuité.

617. Plan. L'implication d'un tiers au rapport de gratuité garantit les fondements de la force obligatoire des sûretés pour autrui en l'absence de forme (§1.). La validité des donations indirectes en dehors du formalisme de l'acte authentique ne peut, quant à elle, se justifier que lorsque l'accord implique un tiers au rapport de gratuité. En l'absence d'un tel tiers, la qualification de donation indirecte et la validité hors acte authentique ne sauraient être retenues (§2.).

§1. La sûreté pour autrui
§2. La donation indirecte

§1. LA SÛRETÉ POUR AUTRUI

618. Par les sûretés pour autrui, le constituant garantit la dette du bénéficiaire en s'engageant envers le créancier, tiers au rapport de gratuité. La sûreté pour autrui est « *le contrat par lequel une personne s'engage à couvrir le risque de défaillance d'un tiers en permettant au bénéficiaire d'agir à son encontre selon les termes de la garantie*[1118] ». La sûreté est le contrat par lequel un droit est accordé au créancier d'une dette préexistante afin de lui garantir qu'il obtiendra du débiteur ou d'un tiers une valeur égale ou inférieure au montant de sa créance[1119]. La catégorie contient les sûretés personnelles, contrats par lesquels une personne s'engage à payer la dette d'autrui pour le cas où celui-ci ne s'exécuterait pas, et les sûretés réelles, contrats par lesquels une personne donne un bien en garantie de cette dette.

619. La sûreté pour autrui constitue la fourniture par le garant d'un avantage au débiteur. L'avantage est constitué par la garantie procurée. Juridiquement, il prend la forme d'une obligation souscrite par le concédant à l'égard d'un tiers au rapport de gratuité, le créancier.

620. Le sérieux de l'engagement du garant, concédant, à l'égard du créancier, tiers au rapport de gratuité, est indubitable. L'engagement du garant envers le créancier est exempt du doute sur la force obligatoire qui affecte habituellement l'engagement du concédant envers le bénéficiaire. L'intention du concédant de produire des effets de droit ne semble pas mise en

1118 J. CRASTRE, *La* summa divisio *des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui*, th. Paris I, 2020, nº 7. Voir *supra*, nº 232.
1119 Voir *supra*, nº 232.

doute. Son absence d'intérêt à l'opération n'apparaît pas constituer une difficulté. L'attente du créancier à l'exécution est jugée légitime.

621. En effet, bien que le contrat de sûreté ne révèle pas le motif du garant, pour procurer un avantage au bénéficiaire, la jurisprudence retient qu'il est valable peu important que le motif du concédant ne puisse pas être établi[1120]. Cette solution est justifiée par des considérations d'opportunité. Les opérations impliquant trois personnes, et notamment les sûretés pour autrui, jouent un rôle prépondérant dans la vie économique. Imposer au créancier de rechercher l'existence de motifs suffisants pour fonder l'intelligibilité de l'engagement du concédant et permettre l'annulation de l'acte en l'absence de tels motifs menacerait la sécurité de ces opérations[1121]. Il en ressort que le tiers au rapport de gratuité peut légitimement se désintéresser des motifs effectifs du concédant[1122].

622. Ce désintérêt du tiers au rapport de gratuité pour les motifs du concédant implique l'absence de doute sur la force obligatoire de son engagement. En effet, dès lors que les motifs du concédant demeurent inconnus, aucun élément n'est susceptible de générer de doute sur la force obligatoire de son engagement. Rien ne permet d'écarter l'intention de produire des effets de droit. Aucun élément n'établit l'absence de rencontre des intérêts. Le tiers au rapport de gratuité peut légitimement s'attendre à l'exécution.

623. En conséquence, le formalisme des sûretés pour autrui est principalement justifié par la spécificité du mécanisme des sûretés en général, et non par leur caractère gratuit[1123]. Pour la doctrine majoritaire, les exigences de forme applicables aux sûretés se justifient par le caractère dangereux de ces actes[1124]. Elles sont dites apparemment indolores, la réalisation de leurs effets concrets n'étant que future et éventuelle[1125]. Elles placent le garant dans une relation de dépendance avec le débiteur principal[1126] et génèrent un risque que le garant ne perçoive pas l'étendue de ses engagements[1127]. Les sûretés réelles, plus particulièrement,

1120 Voir *supra*, n° 238.
1121 Voir *supra*, n° 242.
1122 Voir *supra*, n° 243.
1123 Voir *contra* évoquant, parmi les justifications du formalisme du cautionnement, l'absence de compensation stipulée au profit de la caution : A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n° 504. Voir également, mentionnant le cautionnement est conclu dans l'intérêt du débiteur principal : L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 13e éditions, LGDJ, 2019, n° 202.
1124 P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, 8e édition, Dalloz, 2023, n° 54.
1125 M. BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, 7e édition, Dalloz, 2020, n° 1143 ; Y. PICOD et J.-J. ANSAULT, *Droit des sûretés*, 4e édition, PUF, 2022, n° 325.
1126 L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, *op. cit.* nbp n° 1123, n° 202.
1127 M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 12e édition, LexisNexis, 2022, n° 111.aution

engagent le patrimoine de leur auteur[1128]. La doctrine évoque enfin la faiblesse de la position du garant par rapport au créancier, les sûretés étant fréquemment exigées par les établissements de crédit[1129].

624. Pour d'autres, il s'agit moins de protection du constituant que d'un « *formalisme de sécurité juridique* » ayant pour finalité de protéger les tiers. Il permet de délimiter précisément l'étendue de la sûreté et de faire obstacle à toute fraude du débiteur d'une part, il est un préalable nécessaire à la publicité d'autre part[1130].

625. Le cautionnement, le gage et le nantissement sont valables en l'absence de tout formalisme authentique ou onéreux. Le cautionnement relève en principe de la catégorie des contrats consensuels[1131]. Certes, de nombreuses réserves et nuances assortissent cette affirmation de principe. En premier lieu, le code civil, depuis la réforme du droit des sûretés, dispose que le cautionnement souscrit par une personne physique doit indiquer son en lettres et en chiffres[1132]. La preuve des cautionnements consentis par des personnes morales est soumise à la même exigence, lorsqu'ils portent sur une somme supérieure à 1 500 euros[1133]. En

1128 Y. PICOD et J.-J. ANSAULT, *Droit des sûretés*, *op. cit.* nbp n° 1125, n° 204 (en matière de gage) ; M. BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, *op. cit.* nbp n° 1125, n° 1143 ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 15e édition, LGDJ, 2022, n° 558 ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, *op. cit.* nbp n° 1124, n° 412 (en matière d'hypothèque).

1129 M. BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, *op. cit.* nbp n° 1125, n° 123.

1130 C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, 2015, n° 278 ; P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Éditions Panthéon-Assas, 2005, nos 563-566. Sur la nécessité de sécurité dans l'hypothèque : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, *op. cit.* nbp n° 1124, n° 412. Notons que certains auteurs mentionnent de surcroit que le formalisme permet de protéger les intérêts du créancier en ce que le notaire vérifie la validité de l'acte (D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.* nbp n° 1128, n° 558) et informe le créancier sur ses droits (Y. PICOD et J.-J. ANSAULT, *Droit des sûretés*, *op. cit.* nbp n° 1128, n° 325). Voir aussi, au sujet de la promesse de constitution d'hypothèque, les auteurs interprétant la jurisprudence validant la promesse d'hypothèque en ce sens que la forme authentique a pour finalité la protection des intérêts des tiers, suffisamment assurée par la rédaction d'un acte sous signature privée : F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp n° 964, n° 206. Cette position ne fait pas l'unanimité ; voir *contra* : J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n° 940. Voir enfin, retenant que le « *statut politique et social du propriétaire immobilier* » justifie le passage devant un notaire, lequel constitue un formalisme instituant : X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999. I. 170, n° 12.

1131 La solution résulte de l'absence de mention contraire dans les articles 2292 à 2301 nouveaux (articles 2287-1 à 2320 anciens) du code civil : L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, *op. cit.* nbp n° 1123, n° 202 ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, *op. cit.* nbp n° 1124, n° 53 ; P. SIMLER, *Cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 5e édition, LexisNexis, 2015, n° 52 ; M. BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, *op. cit.* nbp n° 1125, n° 120 ; A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.* nbp n° 1123, n° 500.

1132 Article 2297 du code civil issu de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés : « *A peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres.* »

1133 Articles 1359 nouveau (1341 ancien) et 1376 nouveau (1326 ancien) du code civil.

deuxième lieu, le code civil dispose que le cautionnement doit être exprès[1134], c'est-à-dire prendre la forme d'une « *expression formelle et univoque*[1135] », ou « *clairement et positivement exprimée*[1136] », et ne peut résulter du silence, du comportement, de la qualité de la caution, ni des circonstances ou des termes du contrat principal[1137]. De plus, l'exigence du caractère exprès du cautionnement ne concerne que le consentement de la caution, celui du créancier pouvant être purement tacite[1138]. En troisième lieu, plusieurs exceptions sont venues réduire le domaine du principe, imposant des mentions manuscrites et donc la rédaction d'un écrit dans diverses hypothèses impliquant une caution personne physique[1139]. Mais aucune de ces limites n'impose davantage qu'un écrit comprenant certaines mentions. Jamais n'est exigée, notamment, la conclusion d'un acte authentique. De même, le gage[1140] et le nantissement[1141] sont soumis à une exigence de forme : ils sont nuls à défaut d'avoir été conclus par écrit. Toutefois, la conclusion d'un acte authentique n'est pas exigée.

626. L'absence de formalisme authentique nous paraît justifié par l'implication d'un tiers au rapport de gratuité. Il n'est pas douteux que le garant qui s'engage dans un cautionnement, un gage ou un nantissement par acte sous signature privée envers le créancier a l'intention de produire des effets de droit. La confiance du créancier dans l'exécution est perçue comme légitime. Il est indifférent que le garant s'engage dans le seul intérêt du débiteur et l'accord ne constitue pas la rencontre des intérêts des deux parties.

627. Seule l'hypothèque doit être conclue par acte notarié ; cette exception est justifiée par l'objet de la garantie, un bien immeuble. Le code civil exige que l'hypothèque adopte la

1134 Article 2294 nouveau (2292 ancien) du code civil.

1135 L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, *op. cit.* nbp n° 1123, n° 203.

1136 M. BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, *op. cit.* nbp n° 1125, n° 121.

1137 Voir, retenant des combinaisons diverses de ces critères : L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, *op. cit.* nbp n° 1123, n° 203 ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, *op. cit.* nbp n° 1124, n° 53 ; P. SIMLER, *Cautionnement*, *op. cit.* nbp n° 1131, n° 127 (sont insuffisants les seuls comportements ou circonstances) ; M. BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, *op. cit.* nbp n° 1125, n° 121 (sont insuffisants les faits, indices, attitudes, qualité, silence, termes d'un contrat auquel il est étranger). Voir aussi, censurant une cour d'appel ayant déduit l'engagement de caution de l'intérêt du garant à cautionner le débiteur principal et de son silence lors de la réception d'un courrier du créancier lui indiquant qu'il s'était porté garant : Com., 16 décembre 1981, n° 80-13.450, *Bull. civ.* IV, n° 447.

1138 Com., 17 septembre 2002, n° 00-14.190, *Bull. civ.* I, n° 123 ; Com., 6 juin 2000, n° 97-18.839, inédit.

1139 Articles L. 331-1 et L. 331-2 du code de la consommation (cautionnements conclus par des personnes physiques au profit de créanciers professionnels) ; article 22-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 (cautionnements consentis par les personnes physiques et garantissant les créances de loyer d'un bail d'habitation) ; articles L. 314-15 et L. 314-16 du code de la consommation (cautionnements de remboursement de crédit à la consommation ou de crédit immobilier consentis par une personne physique). Sur ce point, voir par exemple, parmi d'autres : M. BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, *op. cit.* nbp n° 1125, n^{os} 247-262.

1140 Article 2336 du code civil. Les seuls arrêts visant cette disposition sont relatifs à son inapplicabilité au gage de stock prévu par le code de commerce : Com., 17 février 2015, n° 13-27.080, *Bull. civ.* IV, n° 39.

1141 Article 2356 du code civil. Nous n'avons trouvé aucune décision confirmant ou infirmant cette règle.

forme d'un acte notarié à peine de nullité[1142]. La Cour de cassation a toutefois retenu dans plusieurs décisions que la constitution d'une hypothèque conclue sous signature privée, si elle ne peut valoir hypothèque, donne naissance à une obligation de constituer l'hypothèque, obligation de faire[1143] dont l'inexécution est sanctionnée par des dommages-intérêts[1144]. De plus, les auteurs admettent que seul le consentement du garant doit prendre cette forme, l'acceptation tacite du créancier étant possible[1145]. L'exigence formaliste est donc limitée. Elle ne nous paraît pas justifiée par la gratuité mais par la nature du bien donné en garantie. La conclusion d'un acte complexe, l'hypothèque, ayant pour objet un bien immobilier impose l'intervention d'un notaire. Dans les sûretés pour autrui, l'implication d'un tiers au rapport de gratuité garantit les fondements de la force obligatoire de l'engagement informel. De même, la validité en la forme des donations indirectes autres que celles résultant d'un contrat à titre onéreux à contrepartie déséquilibrée nous paraît justifiée par l'implication d'un tiers au rapport de gratuité.

§2. LA DONATION INDIRECTE

628. En droit positif, la validité sans forme de la plupart des actes impliquant un tiers au rapport de gratuité repose sur leur qualification de donation indirecte. La donation indirecte est la « *donation réalisée par un acte dont la seule apparence ne permet pas de dire s'il est à titre gratuit ou à titre onéreux*[1146]. » La Cour de cassation a jugé que les donations indirectes étaient valables même si elles ne sont pas conclues par acte authentique[1147]. Elles

1142 Article 2409 nouveau (2416 ancien) du code civil. Voir aussi : Civ. 2e, 10 octobre 1979, no 78-13.918, *Bull. civ.* II, no 235.

1143 Civ. 3e, 7 janvier 1987, no 85-10.608, *Bull. civ.* I, no 4 ; *Gaz. Pal.* 1987. 1. 219, note S. PIEDELIÈVRE ; Civ. 3e, 7 avril 1993, no 91-10.032, *Bull. civ.* I, no 55 ; Com., 13 février 2001, no 97-21.460, inédit. En faveur du maintien de cette jurisprudence après l'ordonnance du 10 février 2016 et sous l'empire du nouvel article 1124 du code civil, voir : M. BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, *op. cit.* nbp no 1125, no 1146.

1144 Civ. 3e, 7 avril 1993, no 91-10.032, *Bull. civ.* I, no 55.

1145 M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.* nbp no 1127, no 925 ; M. BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, *op. cit.* nbp no 1125, no 1146.

1146 M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp no 1045, n ° 1324.

1147 Voir par exemple : Civ. 1re, 27 novembre 1961, *Bull. civ.* I, no 553. Une précision s'impose. Le terme « donation indirecte » est utilisé dans deux ensembles de cas par la jurisprudence. D'une part, la caractérisation de la donation indirecte permet sa distinction de la donation ostensible et donc sa validité sans forme. C'est l'emploi qui nous intéresse. D'autre part, la caractérisation de la donation indirecte permet de distinguer les donations des actes ou faits, dont la cause est dissimulée ou onéreuse, non soumis au régime des donations. Par exemple, la Cour de cassation retient qu'un acte constitue une donation indirecte pour le soumettre au rapport ou à la réduction ou à la fiscalité des donations. La précision que la donation est réalisée de manière indirecte est alors surabondante. Cette dualité est entretenue par une partie des auteurs qui, lorsqu'ils envisagent la donation indirecte, traitent dans une même subdivision de la validité de la donation indirecte même sans forme et de la preuve de l'élément moral et de l'élément

sont exclues du domaine d'application de l'article 931 du code civil, aux termes duquel la donation est nulle faute d'avoir été conclue par acte authentique.

629. En droit positif et en doctrine, la catégorie des donations indirectes est plus large que celle des actes impliquant un tiers au rapport de gratuité. La doctrine a proposé une systématisation de la catégorie des donations indirectes par induction des solutions jurisprudentielles[1148]. La doctrine majoritaire retient aujourd'hui, en substance, trois catégories de donations indirectes : l'accord onéreux non mensonger mais déséquilibré, tel la vente pour autrui, l'acte neutre, qui n'indique pas sa cause, telle la reconnaissance de dette non causée, et la stipulation pour autrui[1149]. Nous avons déjà envisagé l'acte onéreux déséquilibré, qui, selon nous, relève de l'adoption d'une forme, celle du contrat à titre onéreux[1150]. Nous allons donc nous intéresser à la stipulation pour autrui et à l'acte neutre.

630. Seule l'implication d'un tiers au rapport de gratuité constitue une garantie des fondements de la force obligatoire justifiant la validité sans forme de l'acte. Selon nous, la seule absence d'indication du caractère gratuit ou onéreux de l'accord ne suffit pas à justifier l'absence de la forme authentique. Les parties au rapport de gratuité ont connaissance de cette gratuité, quand bien même elle ne serait pas apparente. Il faut douter de leur intention de

---

matériel en présence d'un mode indirect de transmission.
A priori, les arrêts qualifiant un acte de donation indirecte pour le soumettre aux règles de fond des donations ne sont pas pertinents, le caractère indirect étant surabondant. Cependant, ils constituent des indices des opérations que les juridictions sont susceptibles de valider en tant que donation indirecte informelle. C'est la seule portée qui doit leur être conférée.

1148 Voir notamment : R. PONSARD, *Les donations indirectes*, Sirey, 1946, p. 271 ; A.-L. RANDEGGER, *La donation indirecte : Recherches sur l'instrumentalisation de sa qualification*, th. Paris II, 2022. Cette dernière autrice conclut que la définition retenue par ce dernier, et, à sa suite, par la doctrine majoritaire, selon laquelle la donation indirecte est l'acte juridique « *sincère et muet de sa cause* » « *rend exactement compte de ce qui paraît constituer la majeure part du contentieux* » (*ibid*., n° 380).
Voir toutefois, adoptant une méthode terminologique prenant pour point de départ le terme « *indirect* » et retenant que la donation indirecte est celle qui n'emporte pas transfert de valeur du patrimoine du donateur à celui du donataire, c'est-à-dire celle dans laquelle le donateur procure donc un avantage au donataire sans que cet avantage ne prenne la forme d'un transfert direct d'un patrimoine à l'autre R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Defrénois* 2000, art. 37273, p. 1409. Ce critère n'est pas identique à celui de l'acte impliquant un tiers au rapport de gratuité. Certes, l'intervention d'un tiers permet, par exemple et par excellence, de conférer un caractère indirect au transfert en ayant pour effet de faire transiter la valeur par le patrimoine du tiers (*ibid.*, n^os^ 12-13). Mais toutes les opérations dans lequel il n'y a pas de transfert direct d'un patrimoine à l'autre n'impliquent pas des tiers, au premier chef, la reconnaissance de dette ou les renonciations (*ibid.*, n^os^ 14-15). Et toutes les opérations à trois personnes n'impliquent pas un transfert indirect. Il en est ainsi, retient M. Libchaber, de la stipulation pour autrui, au motif que le tiers n'est pas seulement « *instrumentalisé dans le cadre d'une libéralité qui se* [fait] *par rapport à lui* » mais « *devient l'agent actif de la donation* » (*ibid.*, n^os^ 19).

1149 Le nombre et les intitulés des catégories varient légèrement : M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 1045, n^os^ 1322-1334 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1045, n^os^ 329-341 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1053, n° 572 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 116 ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1038, n° 360.

1150 Sur lequel, voir *supra*, n° 610-612.

produire des effets de droit lorsqu'elles n'ont pas concrétisé leur accord dans une forme justifiant que leur accord soit pris au sérieux. Il n'est admissible de se dispenser de la forme authentique que lorsqu'une des parties peut légitimement ignorer ce rapport de gratuité. La validité ou, plus précisément, la force obligatoire de la donation indirecte ne peut être admise que lorsqu'elle implique un tiers au rapport de gratuité.

631. La partie qui s'engage envers un tiers au rapport de gratuité a l'intention de produire des effets de droit. L'implication de ce tiers constitue un élément objectif extérieur aux parties. Elle fonde la légitimité des attentes d'exécution. En conséquence, seuls les mécanismes garantissant les fondements de la force obligatoire, par la présence d'un tiers au rapport de gratuité, peuvent être qualifiés de donation indirecte valable en l'absence de forme authentique ou onéreuse[1151].

632. Plan. L'implication d'un tiers au rapport de gratuité fonde la force obligatoire du contrat à titre gratuit en l'absence du formalisme authentique imposé par l'article 931 du code civil et donc la qualification de donation indirecte (A.). Les accords informels n'impliquant pas de tiers au rapport de gratuité ne sauraient se voir conférer force obligatoire et doivent être exclus de la catégorie des donations indirectes (B.).

A. Force obligatoire des donations informelles impliquant un tiers au rapport de gratuité
B. Absence de force obligatoire des donations informelles n'impliquant pas de tiers au rapport de gratuité

A. FORCE OBLIGATOIRE DES DONATIONS INFORMELLES IMPLIQUANT UN TIERS AU RAPPORT DE GRATUITÉ

633. L'implication d'un tiers au rapport de gratuité fonde la force obligatoire du contrat à titre gratuit informel. L'implication du tiers au rapport de gratuité permet de garantir les fondements de la force obligatoire. Dans tous les accords dans lesquels le concédant s'engage envers un tiers au rapport de gratuité, il lui impossible de nier l'intention de produire des effets de droit. Le concédant a connaissance du fait qu'il est engagé envers un tiers au rapport de gratuité. Le tiers au rapport de gratuité, de même que le bénéficiaire, peuvent légitimement attendre l'exécution de cette promesse.

1151 Ponsard avait déjà adopté cette méthode. Après avoir retenu que la finalité du formalisme est la protection du consentement du donateur et la garantie de l'irrévocabilité spéciale des donations (R. PONSARD, *Les donations indirectes*, *op. cit.* nbp n° 1051, p. 126-127, 273), il a recherché, parmi les mécanismes cités par la doctrine comme des donations indirectes, ceux actes dont « *leur auteur témoigne une volonté particulièrement ferme de se dépouiller* » (*ibid*., p. 272). Il a écarté de la qualification de donation indirecte les actes ne satisfaisant pas ce critère (*ibid*.).

634. L'implication du promettant fonde la force obligatoire de la stipulation pour autrui. La stipulation pour autrui est le contrat par lequel « *un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire*[1152] ». La stipulation pour autrui peut permettre au stipulant de procurer un avantage au bénéficiaire en sollicitant du promettant la fourniture d'une prestation au bénéficiaire, le stipulant fournissant habituellement au promettant une contrepartie[1153].

635. Le sérieux de l'engagement du stipulant ne fait aucun doute. Sa manifestation de volonté à l'égard du promettant traduit une intention sérieuse de produire des effets de droit. Le stipulant ne peut exciper de la gratuité de son engagement pour soutenir que son engagement envers le promettant serait dépourvu de force obligatoire. Le promettant, tiers au rapport de gratuité, peut légitimement ignorer les motifs du concédant, et donc la gratuité de l'acte. L'implication du promettant, tiers au rapport de gratuité, garantit les fondements de la force obligatoire.

636. Dès lors, la forme n'est pas une condition de la force obligatoire de la stipulation pour autrui constituant donation. Ainsi, le code civil consacre la validité sans forme d'un cas particulier de stipulation pour autrui, la stipulation de rente viagère pour autrui. L'article 1973 alinéa 2 du code civil dispose que, « *quoiqu'elle ait les caractères d'une libéralité, elle n'est point assujettie aux formes requises pour les donations*[1154] ». Cette solution doit être étendue, par induction, à l'ensemble des hypothèses de stipulation pour autrui[1155].

1152 Article 1205 alinéa 2 du code civil.

1153 Voir aussi *supra*, n° 233.

1154 La solution est conservée par l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck : article 1973. Elle pourrait avoir été élargie par l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant. Sur cette solution et sa critique, voir *infra*, n° 648. Sur ces avant-projets en général, voir *supra*, n° 95.

1155 Seuls deux arrêts se prononcent sur la validité en la forme d'un accord portant donation indirecte par stipulation pour autrui, et l'admettent tous les deux. Le premier est un arrêt de rejet par lequel la Cour de cassation approuve une cour d'appel ayant qualifié une clause de stipulation pour autrui et dit qu'elle n'était pas soumise aux exigences de forme des donations : Civ. 1re, 15 novembre 1978, n° 77-10.891, *Bull. civ.* I, n° 350. Le second est plus net, mais plus critiquable : Civ. 1re, 5 mai 1986, n° 84-17.460, *Bull. civ.* I, n° 118 ; *Defrénois* 1986, art. 33792, p. 1030, note J. MASSIP ; *Defrénois* 1987, art. 34120, p. 1504, note G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1987, p. 102 obs. J. MESTRE ; *RTD civ.* 1988, p. 382, obs. J. PATARIN. Dans cette affaire, par un accord conclu entre eux, deux époux avaient transféré la propriété d'un bien immobilier à leurs enfants. La Cour de cassation retient que la cour d'appel « *a pu déduire* » que l'acte consistait en deux stipulations pour autrui, chacune immédiatement acceptées par l'autre parent au nom de leurs enfants. La qualification de stipulation pour autrui est défendable dans l'hypothèse d'un accord conclu entre deux concédants auxquels le bénéficiaire n'est pas partie. Cependant, l'acceptation immédiate des stipulations pour autrui par les parents au nom de leur enfant laisse douter que les enfants soient véritablement tiers à l'acte de donation, à laquelle étaient parties leurs représentants. Cette solution permet aux parties à une donation réalisée par deux concédants et lors de la conclusion de laquelle le bénéficiaire est présent, de prétendre que celui-ci n'était pas partie à l'accord de donation, qui constitue une stipulation pour autrui, mais l'a acceptée immédiatement. Elle écarte toute exigence de forme en présence de plusieurs concédants et est donc critiquable.

637. L'implication du délégant ou du délégué fonde la force obligatoire de la délégation. La délégation est « *une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur*[1156] ». Elle opère donation lorsque, en l'absence d'obligation préexistante du délégué envers le délégant, le délégué s'engage pour procurer un avantage gratuit au délégataire ou au délégant, ou lorsque, en l'absence d'obligation préexistante du délégant envers le délégataire, le délégant demande au délégué de s'engager pour procurer un avantage gratuit au délégataire[1157].

638. Dans ces configurations, le tiers au rapport de gratuité, qu'il s'agisse du délégué ou délégant, peut légitimement ignorer la bienfaisance de la motivation de son cocontractant. Son implication permet d'écarter tout doute sur l'intention de produire des effets de droit. Le concédant ne peut ignorer que son engagement sera considéré comme sérieux. Il ne saurait opposer au tiers au rapport de gratuité l'absence de rencontre des intérêts. L'attente du tiers au rapport de gratuité en l'exécution est légitime. Il n'est pas nécessaire que la forme vienne au soutien du consentement pour fonder la force obligatoire de l'accord.

De nombreux arrêts, relatifs à des contrats d'assurance sur la vie qualifient la stipulation pour autrui de donation indirecte et la soumettent au règles de fond des donations, sans statuer sur sa validité en la forme : Civ. 1re, 10 décembre 1969, *Bull. civ.* I, n° 386 (rapport et réduction) ; Civ. 1re, 13 mai 1998, n° 96-16.222, *Bull. civ.* I, n° 170 (qualification de donation et absence d'intention libérale) , Com., 1er décembre 1998, n° 96-16.010, inédit (assujettissement fiscal) ; Civ. 1re, 25 janvier 2005, n° 96-19.878, *Bull. civ.* I, n° 35 (nullité pour illicéité de la cause). Voir aussi, ne mentionnant pas le terme « donation indirecte » : Mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12.769, *Bull. mixte*, n° 13. Sur la portée de tels arrêts, voir *supra* nbp n° 1147.

Voir aussi : M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1038, n° 370 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 12, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 305 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 2, 5e édition, Librairie du recueil général des lois et des arrêts, 1895, n° 467 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 3, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 2544 ; R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, tome 4, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 228 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 3, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 1314 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 3, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 1634 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol. Tome 4*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 3343 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 123 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les successions et les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1057, n° 489 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 1333 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 334 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1053, n° 577 ; A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, 4e édition, PUF, 2020, n° 271. Voir cependant, retenant que la définition terminologique qu'il adopte exclut la stipulation pour autrui : R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *loc. cit. supra*, n° 1149.

1156 Article 1336 du code civil.

1157 Voir aussi *supra*, n° 234. Elle constitue une opération impliquant un tiers au rapport de gratuité, sauf dans l'hypothèse très particulière dans laquelle en l'absence de tout rapport préexistant le délégué s'engage pour procurer un avantage au délégant et le délégant lui demande de s'engager pour procurer un avantage au délégataire. Aucune des parties n'est alors tiers à un rapport de gratuité.

639. La délégation-donation doit donc être pourvue de force obligatoire peu important qu'elle adopte une forme prédéterminée. Elle constitue une donation indirecte[1158].

640. L'implication du créancier ou du contractant fonde la force obligatoire des contrats de cession de dette et de cession de contrat. La cession de dette est le contrat par lequel le débiteur cède sa dette[1159]. Par la cession de contrat, un contractant « *peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers*[1160] ». La conclusion d'une cession de dette requiert l'accord du créancier cédé et celle d'une cession de contrat l'accord du cocontractant cédé[1161]. Ces cessions constituent des contrats tripartites impliquant le cédant, le cessionnaire et le débiteur ou le cocontractant cédé. Elles peuvent être réalisées à titre gratuit lorsque le cessionnaire accepte la dette ou la qualité de partie au contrat dans le but de procurer un bienfait au cédant ou lorsque le cédant cède sa qualité de partie au contrat au cessionnaire dans le but de procurer un bienfait au cessionnaire. Le débiteur ou le cocontractant cédé est alors tiers au rapport de gratuité.

641. Le cédant qui s'engage à l'égard du cédé à transférer sa dette ou sa position contractuelle, de même que le cessionnaire qui s'engage envers le cédé à la recevoir, manifestent une intention certaine de produire des effets de droit. L'implication du cédé constitue un élément objectif palliant l'absence de rencontre des intérêts des parties. Elle fonde la croyance légitime du cédant et du cessionnaire en l'exécution. Les cessions de dette et contrat gratuites constituent donc des opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité valables sans être tenues de respecter le formalisme des donations. Cette qualité doit être refusée aux actes neutres n'impliquant pas de tiers au rapport de gratuité.

B. ABSENCE DE FORCE OBLIGATOIRE DES DONATIONS INFORMELLES N'IMPLIQUANT PAS DE TIERS AU RAPPORT DE GRATUITÉ

642. Le constat que l'acte n'indique pas s'il est à titre gratuit ou onéreux ne garantit pas les fondements de la force obligatoire. L'accord gratuit ne peut avoir force obligatoire

1158 G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les successions et les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1057, n° 489 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1053, n° 574 ; R. PONSARD, *Les donations indirectes*, *op. cit.* nbp n° 1051, p. 163.

1159 Article 1327 du code civil : « *Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette*. »

1160 Article 1216 du code civil : « *Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé*. »

1161 Articles 1327 et 1216 du code civil.

qu'à la condition que les fondements de sa force obligatoire soit garantis ce qui est le cas, selon nous, quand l'accord implique un tiers au rapport de gratuité, c'est-à-dire une personne qui n'est ni concédante, ni bénéficiaire. Cette analyse nous paraît justifier la qualification de donation indirecte de certains actes neutres. Au contraire, les actes neutres qui n'impliquent pas de tiers au rapport de gratuité ne peuvent, selon nous, constituer des donations indirectes. Les fondements de leur force obligatoire doivent être garantis par la forme et ils sont donc tenus de respecter le formalisme des donations.

643. Les arguments de texte invoqués en faveur de la validité sans forme de tous les actes opérant un transfert indirect, et notamment des actes neutres, sont peu convaincants. La validité des donations indirectes, c'est-à-dire la validité des actes par lequel une personne procure indirectement un avantage à une autre en l'absence de forme, a été consacrée par la jurisprudence. Les auteurs ont proposé des justifications à cette règle. Une première repose sur les textes du code civil lui-même[1162]. Certains relèvent qu'aux termes de l'article 931 du code civil, seuls les accords qui « portent » donation doivent être passés en la forme authentique. L'accord qui n'indique pas sa cause ne porterait pas donation, en ce sens que la donation n'y serait pas ostensible[1163]. Il serait exclu du champ d'application de l'article 931 du code civil. Les auteurs évoquent également les articles qui prévoient que les règles applicables aux donations le sont aux biens reçus « *directement ou indirectement*[1164] » ou aux conventions comportant un avantage indirect[1165] ou qui qualifient certaines clauses incluses dans une donation ou un contrat de mariage d'avantage indirect pour les soumettre aux règles

1162 G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 2, *op. cit.* nbp n° 1071, n° 467 bis ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 1326 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 128 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1053, n° 571 ; D. GUÉVEL, *Droit des successions et des libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 467. Voir aussi, retenant ce seul argument : A. ROUAST, *Les libéralités entre vifs exemptes de formes*, *op. cit.* nbp n° 1155, p. 184 : « *en les consacrant ou en les acceptant, le législateur a implicitement consacré ou accepté la validité des libéralités qu'ils peuvent servir à réaliser* ».

1163 A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil*, tome 8, Alex-Gobelet, 1829, n° 388 ; C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 5, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 170 ; A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 4, continué par E. Colmet de Santerre, Henri Plon, 1858, n° 70 bis I ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 2, *op. cit.* nbp n° 1071, n° 466 ; R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, tome 4, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 232 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 3, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 1313 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 79 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 1326.

1164 Article 843 du code civil, relatif au rapport des donations indirectes. Voir aussi l'article 853 du code civil, relatif au rapport des avantages indirects compris dans des conventions onéreuses conclues par le *de cujus* avec ses héritiers. Voir aussi l'article 920 du code civil, relatif à la réduction, l'article 1099 du code civil, relatif aux conditions des donations entre époux.

1165 Article 853 du code civil relatif au rapport.

applicables aux donations[1166]. Ils en déduisent que le code civil a consacré une catégorie des donations indirectes à laquelle seraient applicables les règles de fond des donations mais non la règle de forme[1167]. La doctrine évoque enfin quelques articles prévoyant que certaines opérations, qualifiées de « neutres » car leur cause n'est pas apparente, peuvent bénéficier à un tiers - la renonciation, la stipulation pour autrui, la remise de dette[1168].

644. Aucun de ces textes ne constitue cependant un argument déterminant. Retenir que tout acte ne portant pas donation, en n'indiquant pas sa qualité, est valable quelle qu'en soit la forme aboutirait à priver l'article 931 du code civil de toute portée[1169]. Les autres textes invoqués par les auteurs, qualifiant certains actes de donation et prévoyant l'application des règles de fond, sont taisants quant à l'application des règles de forme. Ils sont compatibles avec l'application de la règle de forme aux actes comportant des avantages indirects. Et l'induction, à partir de ces textes, d'une règle générale de validité des donations indirectes informelles est douteuse[1170].

645. La théorie du formalisme de substitution n'est pas plus convaincante. Pour l'essentiel, les auteurs justifient la validité des donations indirectes par l'idée que ces mécanismes seraient des « *substituts de la forme notariée*[1171] ». Les finalités attribuées au

1166 Article 860 du code civil relatif aux clauses insérées dans une donation exonérant ou limitant le rapport, qui constituent un avantage indirect donné hors part successorale ; article 1391, relatif aux clauses insérées dans un contrat de mariage prévoyant l'attribution ou l'acquisition du bien commun au profit du conjoint survivant.

1167 R. PONSARD, *Les donations indirectes*, *op. cit.* nbp n° 1051, p. 109-111.

1168 R. PONSARD, *Les donations indirectes*, *op. cit.* nbp n° 1051, p. 104-106 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* n° 1045, n° 128 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 12, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 305. Deux auteurs retiennent ainsi que : « *Il est à peu près impossible de ne pas généraliser ces textes. Leur nombre conduit fatalement à les interpréter extensivement* » (J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, précité). Les dispositions évoquées sont les articles 784, 1205 (1121 ancien), 1282 ancien (non repris par les nouvelles dispositions) et 1342-1 (1236 ancien) du code civil respectivement.

1169 En ce sens, voir : J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* n° 1045, n^{os} 79 et 128 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1053, n° 537 ; J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, préf. B. Teyssié, LGDJ, 1989, n^{os} 39-40.

1170 J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1169, n° 70.

1171 G. RIPERT, *Étude critique de la notion de libéralité*, Cours de doctorat, 1931, cité et résumé par M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1038, n° 417. Voir aussi : R. PONSARD, *Les donations indirectes*, *op. cit.* nbp n° 1051, p. 273 ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, précité, n^{os} 413, 417, 421-422 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 1278 ; X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *loc. cit.* nbp n° 1130, n° 9. Voir aussi : J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* n° 1045, n° 79 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1053, n^{os} 526, 532.
Un auteur considère que la validité des donations indirectes résulte d'une coutume : J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1169, n° 57-67. Pour admettre cette argumentation, il faudrait démontrer que les justiciables emploient ces pratiques dans la croyance qu'elles sont valables. Si l'argument est pertinent relativement au don manuel et l'assurance sur la vie, rien ne permet de soutenir que les autres modes de donation indirecte sont fréquemment employés et sont, d'avis général, valables. Un autre auteur estime que les donations indirectes répondent aux besoins de la pratique : R. PONSARD, *Les donations indirectes*, *op. cit.* nbp n° 1051, p. 272. Hors l'assurance sur la vie, qui bénéficie d'un régime spécial, il n'est pas certain que la pratique requière une diversité de mécanismes non notariés

formalisme de l'acte authentique consisteraient essentiellement en la protection du disposant par l'information et la réflexion[1172]. Les mécanismes qualifiés de donation indirecte rempliraient ces finalités et pourraient donc se substituer à la conclusion d'un acte authentique.

646. Mais, ainsi que le retient la doctrine majoritaire, la théorie du formalisme de substitution ne justifie qu'inadéquatement les donations indirectes[1173]. Le seul accomplissement d'un des actes qualifiés de donation indirecte – reconnaissance de dette non causée, renonciation notamment – ne permet pas de garantir que les parties sont informées de la portée de leur acte et de sa gravité. Elle n'est en aucun cas équivalente à l'intervention d'un notaire. Seuls les actes neutres impliquant un tiers au rapport de gratuité voient le fondement de leur force obligatoire garanti, par l'implication d'un tiers au rapport de gratuité. À défaut d'implication d'un tiers au rapport de gratuité, les actes neutres informels ne peuvent se voir reconnaître force obligatoire.

647. Les actes n'impliquant pas de tiers au rapport de gratuité ne peuvent être qualifiés de donations indirectes et valables sans forme. En l'absence d'implication d'un tiers au rapport de gratuité, l'intention des parties de produire des effets de droit est douteuse. Aucun élément objectif ne vient pallier l'absence de rencontre des intérêts des parties. L'attente du bénéficiaire de l'exécution n'est pas légitime. C'est donc à juste titre que la Cour de cassation a refusé de qualifier la création d'un droit de passage[1174] et la constitution d'une rente viagère[1175]

constituant donation. Les donations par virement bancaire et par chèque, valables sans forme en tant que don manuel, permettent au justiciable d'accomplir simplement des donations informelles.

1172 Rappelons que ces finalités seraient, selon la doctrine majoritaire, de protéger le concédant en l'avertissant des risques, de protéger le bénéficiaire en l'informant de ses droits et en assurant l'irrévocabilité de la donation donc en le soustrayant au bon vouloir du donateur, et de protéger les tiers et l'État en leur permettant d'accéder à l'information selon laquelle ces opérations existent. Voir *supra*, n° 578.

1173 J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1169, n° 44-47 ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités, op. cit.* nbp n° 1038, n^{os} 420, 424 ; X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *loc. cit.* nbp n° 1130, n^{os} 9-10 , M. DAGOT, « Des donations non solennelles », *JCP G* 2000. I. 248 ; W. DROSS, « Le formalisme des libéralités », *in* W. DROSS et T. FAVARIO (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & martin, 2014, p. 109, spéc. n° 10 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* n° 1045, n° 128 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1053, n° 571.
Les auteurs critiquent notamment la formule de Ponsard, selon laquelle l'emploi d'un acte neutre, dont la cause n'est pas apparente, « *manifeste une certaine pratique des affaires et suppose la connaissance des effets engendrés par cet acte* » (R. PONSARD, *Les donations indirectes*, *op. cit.* nbp n° 1051, p. 128).

1174 Civ. 1re, 23 mai 1973, n° 72-10.186, *Bull. civ.* I, n° 178 ; *RTD civ.* 1974, p. 180, note R. SAVATIER ; *JCP G* 1975. II. 17920, note M. DAGOT ; *Defrénois* 1975, art. 30908, note G. GOUBEAUX.

1175 Req., 22 avril 1913, *DP* 1914. 1. 193. Voir cependant, qualifiant la constitution de rente de reconnaissance de dette et admettant sa validité malgré l'absence de forme authentique : CA Lyon, 6 février 1933, *DP* 1936. 2. 6 note NAST. Nast critique l'arrêt, retenant que la reconnaissance de dette à titre gratuit ne saurait être valable sans acte authentique. Pour rappel, la rente viagère est un « *revenu périodique* » « *due pendant la vie d'une ou de plusieurs personnes* » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12e édition, PUF, 2018, V° Rente viagère).

de donations indirectes et d'admettre la validité de leur conclusion par acte sous signature privée[1176].

648. À cet égard, l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant pourrait être critiquée. Celle-ci prévoit, en son article 164, que toute constitution de rente viagère, à titre onéreux comme à titre gratuit, est un contrat consensuel, et, en son article 166, que la constitution de rente viagère à titre gratuit est soumise au régime des libéralités. L'article 164 prévoit une règle de forme spéciale à la rente viagère, son caractère consensuel, en son alinéa 2, tout en mentionnant la possibilité de constituer une rente viagère à titre gratuit, en son alinéa 1er. Il nous paraît primer sur le renvoi général opéré par l'article 166 au régime des libéralités. Il en résulterait que toute constitution de rente viagère est consensuelle, en ce compris les constitutions à titre gratuit. Cette solution est critiquable. Dès lors que la constitution d'une rente viagère n'implique pas de tiers au rapport de gratuité, elle ne constitue pas une donation indirecte. Faute de prendre la forme d'un acte authentique ou onéreux, ou d'avoir fait l'objet d'un commencement d'exécution, elle ne peut se voir reconnaître force obligatoire.

649. La cession de créance ne constitue pas une donation indirecte. La cession de créance est l'accord par lequel un cédant transfère à un cessionnaire le bénéfice d'une créance[1177]. Le code civil précise qu'elle peut être accomplie à titre onéreux ou à titre gratuit[1178]. Il dispose également qu'elle doit être conclue par écrit à peine de nullité[1179].

650. La cession de créance ne constitue pas un acte impliquant un tiers. Le contrat est conclu entre le cédant et le cessionnaire. Lorsqu'il est conclu à titre gratuit, le cédant est concédant, et le cessionnaire bénéficiaire. Le débiteur de la créance cédée, appelée débiteur cédé, n'est pas partie au contrat. Son consentement ne constitue pas une condition de validité de la cession. La cession de créance à titre gratuit n'implique pas de tiers au rapport de gratuité et doit donc être consentie par acte notarié à peine de nullité. Elle ne constitue pas une donation indirecte[1180].

1176 Voir cependant, retenant que la donation indirecte d'un fonds de commerce résultant de la cession d'un droit au bail peut être réalisée par acte sous signature privée : Civ. 1re, 30 novembre 1982, no 81-15.726, *Bull. civ.* I, no 343.

1177 Article 1321 du code civil alinéa premier : « *La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire*. »

1178 *Ibid.* Voir aussi : O. DESHAYES, « La cession de créance, contrat "à titre onéreux ou gratuit" », *in Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, Larcier, 2021, p. 337.

1179 Article 1321 nouveau alinéa second du code civil.

1180 Voir en ce sens : CA Paris, 9 mars 1990, no 88-004349 (Juris-Data 1990-020736). Voir également : F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 12, *op. cit.* nbp no 1045, no 309 ; G. RIPERT et

651. La reconnaissance de dette n'indiquant aucune cause ne constitue pas une donation indirecte. La reconnaissance de dette est l'« *acte écrit par lequel une personne se reconnaît débitrice envers une autre*[1181] ». Elle est non causée lorsque son auteur n'était débiteur d'aucune dette préexistante. Lorsque l'acte indique une cause « onéreuse » mais non conforme à la réalité – par exemple, une personne reconnaît devoir le remboursement d'une somme à titre d'un prêt alors qu'aucun prêt n'est intervenu entre les parties et le bénéficiaire n'a rien déboursé –, la donation est déguisée[1182]. Sa forme onéreuse garantit les fondements de la force obligatoire de l'engagement.

652. Mais, lorsque la reconnaissance n'indique pas la cause de la dette prétendument préexistante, rien ne garantit les fondements de la force obligatoire de l'engagement. La reconnaissance de dette n'implique aucun tiers au rapport de gratuité. Elle n'est d'ailleurs que peu différente de la promesse de payer. Lorsqu'elle prend la forme d'un acte sous signature privée, elle ne manifeste pas une intention certaine de produire des effets de droit. Elle ne saurait donner naissance à une attente légitime du bénéficiaire.

653. Il faut, selon nous, rejeter la position adoptée par la doctrine majoritaire, selon laquelle la reconnaissance de dette est valable comme donation indirecte lorsqu'elle n'indique pas sa

J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol. Tome 4*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 3333 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 118 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 1045, note 366 sous n° 1332 ; J. FRANÇOIS, *Les obligations : Régime général*, 6e édition, Economica, 2022, n° 452 ; O. DESHAYES, « La cession de créance, contrat "à titre onéreux ou gratuit" », *loc. cit.* nbp n° 1178, p. 345 ; B. LOTTI, « La nouvelle cession de créance, entre droit commun et régimes spéciaux », *RTD com.* 2019, p. 581. Voir aussi, censurant une cour d'appel ayant annulé une cession de créance sur le fondement de l'article 931 du code civil pour n'avoir pas été consentie en la forme authentique, la Cour de cassation retenant qu'en imposant au cessionnaire de prouver l'absence d'intention libérale, la cour d'appel avait inversé la charge de la preuve : Civ. 1re, 21 janvier 1992, nos 90-15.101 et 90-15.168, inédit.

1181 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12e édition, PUF, 2018, V° Reconnaissance de dette.

1182 Voir ainsi : un arrêt dans lequel la Cour de cassation ne discute pas la qualification de donation indirecte, mais se borne à casser un arrêt par lequel une cour d'appel avait refusé d'annuler la donation faite à une femme sans que n'ait été recueilli le consentement de son mari (Civ., 29 mai 1889, *DP* 1889. 1. 369). Voir aussi : Civ., 11 février 1896, *DP* 1896. 1. 153 (« *pour les soins donnés* ») ; Req., 11 juin 1925, *S* 1927. 1. 15 (rémunération de services rendus). Voir *contra*, jugeant que la donation pour soins donnés par la mère du donataire sans préciser plus avant ces soins n'est pas déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux : Req., 7 janvier 1862, *DP* 1862. 1. 188.

cause[1183]. La jurisprudence n'a d'ailleurs pas adopté de position claire sur ce point[1184]. La reconnaissance de dette non causée ne saurait constituer une donation valable en l'absence de forme. Elle ne peut être qualifiée de donation indirecte.

654. La remise de dette ne constitue pas une donation indirecte[1185]. La remise de dette est « *le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation*[1186] ». Elle n'implique pas de tiers au rapport de gratuité, mais uniquement le créancier, concédant, et le débiteur, bénéficiaire. En concluant un accord informel ayant pour objet la remise d'une dette à titre gratuit, le créancier ne manifeste pas d'intention ferme et définitive de produire des effets de droit, c'est-à-dire de renoncer au bénéfice de la créance. Le débiteur ne peut légitimement croire à l'existence de cette renonciation.

1183 G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les successions et les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1057, n° 490 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 118, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1053, n° 564 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 1310. Voir aussi, qualifiant la reconnaissance de dette de donation déguisée : P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 323. Voir cependant, retenant que la promesse de payer et la reconnaissance de dette ne peuvent valoir donation indirecte que si le donateur a effectué la transmission matérielle de l'écrit portant promesse de payer ou reconnaissance de dette au bénéficiaire (R. PONSARD, *Les donations indirectes*, *op. cit.* nbp n° 1051, p. 148-152).

1184 Un premier arrêt ancien qualifie la reconnaissance de dette non causée de donation déguisée et censure une cour d'appel l'ayant annulé sur le fondement de l'article 931 du code civil (Civ., 11 juillet 1888, *DP* 1889. 1. 479). Un second arrêt ancien refuse la qualification de donation indirecte au motif que l'intention libérale du donateur était apparente (Civ., 23 mai 1876, *DP* 1876. 1. 254). Enfin, un arrêt plus récent casse un arrêt par lequel une cour d'appel avait annulé l'acte sur le fondement de l'article 931 du code civil (Civ. 1re, 27 novembre 1961, *Bull. civ.* I, n° 553). L'arrêt est peu probant car il se fonde sur le défaut de base légale. La cour d'appel avait retenu que l'acte ne pouvait constituer une donation déguisée car il n'indiquait pas sa cause et affirmé qu'il ne constituait pas une donation indirecte. La Cour de cassation casse pour défaut de base légale en retenant que la cour d'appel aurait dû rechercher si le billet « *qui n'indiquait ni sa cause ni sa nature, ne devait pas être considéré, en tant que prestation sans contre-partie, comme gratifiant sa destinataire d'une donation indirecte* ». Voir aussi, admettant la validité de ce qui est qualifié de reconnaissance de dette sous signature privée : CA Lyon, 6 février 1933, *DP* 1936. 2. 6, note critique NAST. Nast critique la solution, estimant que la lettre comportant l'engagement de payer faisait apparaître l'intention libérale.

1185 Nous ne distinguerons pas entre remise de dette et abandon de créance. Sur cette distinction, voir J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.* nbp n° 1130, n° 1216. Voir aussi : Com., 22 mai 2007, n° 06-12.196, *Bull. civ.* I, n° 136.

1186 Article 1350 du code civil.

655. Les fondements de la force obligatoire de la remise de dette informelle ne nous paraissent pas garantis. La qualification de la remise de dette de donation indirecte, retenue par la doctrine majoritaire[1187] et par certains arrêts[1188] est dès lors critiquable.

656. Le « cautionnement-libéralité » ne constitue pas une donation indirecte. La Cour de cassation a retenu, dans deux arrêts adoptant une motivation presque identique, qu'une cour d'appel, « *après avoir souverainement estimé que l'engagement de caution pris par M. Y...*

1187 M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1038, n° 370 ; N. PICOD, *La remise de dette en droit privé*, préf. C. Saint-Alary Houin, Dalloz, 2013, n° 237 ; R. T. TROPLONG, *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*, tome 2, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 1076 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 12, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 305 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 3, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 2552 ; R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, tome 4, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 228 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 3, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 1633 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les successions et les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1057, n° 488 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 4. 2. Successions - Libéralités*, 5e édition par L. Leveneur et S. Leveneur, Montchrestien, 1999, n° 1475 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 1333 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 120 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1053, n° 575 ; A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, 4e édition, PUF, 2020, n° 271 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes op. cit.* nbp n° 1130, n° 1217. Voir aussi, admettant sa validité sans forme sans distinguer selon qu'elle est à titre gratuit : F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp n° 964, nos 1757-1758 ; J. FRANÇOIS, *Les obligations : régime général*, 6e édition, Economica, 2022, n° 157.
Voir *contra*, énonçant qu' « *il ne nous semble pas que le procédé consistant à déclarer libérer le débiteur par convention ou même par acte unilatéral soit utilisables s'il est employé ouvertement à titre gratuit : ce serait une donation directe* » (R. PONSARD, *Les donations indirectes*, *op. cit.* nbp n° 1051, p. 144).

1188 Un arrêt très ancien admet nettement la validité de la donation prenant la forme d'une remise de dette consentie par acte sous signature privée. La Cour de cassation retient qu'est valable la remise de dette à titre gratuit attestée par des livres de compte du donateur, commerçant, une note écrite de sa main, et les circonstances de la cause, au motif que « *la remise de dette, même à titre gratuit, n'est pas soumise aux formalités exigées par la loi pour la validité des donations entre vifs* » (Civ., 2 avril 1862, *DP* 1863. 1. 454). Un autre évoque la règle sans en faire application, l'acte en l'espèce n'étant pas une donation mais un legs : CA Paris 15 octobre 1930, *Gaz. Pal.* 1930. 2. 777.
Des arrêts récents qualifient des remises de dette de donation indirecte sans que la validité en la forme ne soit discutée : Civ. 1re, 21 décembre 1960, *Bull. civ.* I, n° 560 (rejet d'un pourvoi soutenant que la cour d'appel avait dénaturé les pièces soumises à son appréciation en déduisant d'une lettre l'intention libérale de l'auteur de la remise de dette, pour la soumettre à la réduction) ; Civ. 1re, 2 mars 2004, n° 00-15.915, inédit (cassation d'un arrêt rejetant une demande tendant à soumettre au rapport la renonciation à une rente viagère).
Deux arrêts très récents, rendus sur des faits identiques, pourraient admettre cette validité, mais leur interprétation n'est pas aisée. La Cour de cassation se prononce sur la renonciation à une charge de verser une rente viagère incluse par un couple dans la donation-partage consentie à leurs trois enfants. Les parents ayant introduit deux instances distinctes à l'encontre d'un de leurs enfants, puis d'un autre, les deux arrêts de la Cour de cassation mettent un terme à chacune de ces instances. Les cours d'appel avaient toutes deux admis la validité de la renonciation au bénéfice de la rente par acte sous signature privée. Les pourvois soutiennent que la remise de dette ne peut être qualifiée de donation indirecte et n'est pas valable par acte sous signature privée. La Cour de cassation rejette les pourvois en retenant que : « *si tout acte portant donation entre vifs doit être passé devant notaire, aucun texte n'oblige le donateur, qui entend renoncer postérieurement à une clause de cet acte, fût-elle protectrice de ses intérêts, à utiliser la forme authentique* » (Civ. 1re, 5 avril 2005, n° 03-19.614, *Bull. civ.* I, n° 168 ; *D.* 2005, chron. p. 2114, chron. M. NICOD ; *Droit de la famille* juin 2005, comm. 144, comm. B. BEIGNIER ; Civ. 1re, 20 février 2007, n° 04-16.817, inédit). La Cour de cassation retient qu'est valable la renonciation à rente viagère par acte sous signature privée. Or, cette renonciation constitue une remise de dette. Voir aussi, retenant que la renonciation constitue une donation indirecte : *D.* 2005, chron. p. 2114, chron. M. NICOD.

procédait d'une intention libérale de sa part, en a justement déduit que cet engagement réalisait au profit de Mme Bernard X... une donation indirecte, exclusive de l'exercice, par M. Y..., des droits qu'il tenait de la quittance subrogative[1189] ». Les arrêts ont été rendus dans des affaires dans lesquelles une personne s'était portée caution de la dette d'un proche. Selon la Cour de cassation, il faudrait déduire d'une intention libérale souverainement appréciée par les juges du fond la renonciation par la caution au recours subrogatoire dont elle dispose, en cas de paiement au créancier, à l'égard du débiteur cautionné[1190]. En d'autres termes, la renonciation serait valable en l'absence de forme et même en l'absence de toute intention manifestée en ce sens. Ces arrêts admettent ainsi une renonciation implicite à un droit de créance prévu par la loi[1191].

657. Cette solution est critiquable. La manifestation de volonté de renoncer à un droit doit être expresse. L'admission de la force obligatoire d'une renonciation implicite au recours subrogatoire de la caution est en conséquence critiquable[1192]. En toute hypothèse, faute d'impliquer un tiers au rapport de gratuité, les fondements de sa force obligatoire ne sont pas garantis.

658. La renonciation conventionnelle à succession, la renonciation à donation et la renonciation à un droit réel ne constituent pas des donations indirectes. La renonciation informelle à un droit dans une intention bienfaisante à l'égard du bénéficiaire ne voit pas garantis les fondements de sa force obligatoire. Elle n'implique pas de tiers au rapport de gratuité, dont la présence permettrait d'établir le sérieux de l'engagement des parties. L'acte sous signature privée portant renonciation ne manifeste pas une intention suffisante de produire des effets de droit.

659. La position de la doctrine majoritaire, selon laquelle les renonciations constituent des donations indirectes valables même en l'absence d'acte authentique[1193], nous paraît regrettable

1189 Civ. 1re, 17 novembre 1987, nº 85-15.899, *Bull. civ.* I, nº 297 ; *Defrénois* 1988, art. 34275, p. 860, note L. AYNÈS. Voir aussi : Civ. 1re, 12 mai 1982, nº 81-11.446, *Bull. civ.* I, nº 173 ; *D.* 1983, jur. 320, note J. MESTRE ; *Defrénois* 1983, art. 33027, p. 394, note J.-L. AUBERT.

1190 Voir en ce sens : J. MESTRE, note citée nbp précédente ; F.-X. TESTU, « Le cautionnement-libéralité », *JCP G* 1989. I. 3377.

1191 Voir ainsi la démonstration de M. Aynès : bien que les arrêts ne mentionnent pas la renonciation au droit au recours, aucune autre technique ne permet d'expliquer que l'intention libérale fait obstacle au recours (L. AYNÈS, note sous Civ. 1re, 17 novembre 1987, *Defrénois* 1988, art. 34275, p. 860).

1192 En ce sens : *ibid.*, retenant que la jurisprudence est amenée à présumer la renonciation et s'interroge sur la question de savoir si ces décisions peuvent s'expliquer par le fait que la caution et le débiteur principal étaient dans une relation adultère. Voir aussi : P. SIMLER, *Cautionnement*, *op. cit.* nbp nº 1131, nº 589. Voir cependant les autres commentateurs qui présentent les solutions sans les désapprouver : voir notes précitées nbp nº 1189.

1193 A. ROUAST, *Les libéralités entre vifs exemptes de formes*, *op. cit.* nbp nº 1155, p. 85 ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1038, nº 370 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de*

– étant précisé que cette position est nuancée, dès lors que certains excluent du champ des donations indirectes l'abandon d'un droit[1194], la renonciation au bénéfice d'une donation[1195] ou la renonciation conventionnelle à succession[1196]. L'exclusion de la renonciation de la catégorie des donations indirectes ne constituerait pas une modification substantielle des solutions jurisprudentielles, qui sont peu nettes sur ce point. Seuls des arrêts très anciens ont retenu que constituait une donation indirecte une renonciation conventionnelle à succession[1197]. Certes, la Cour de cassation qualifié de donations indirectes la renonciation à un droit préférentiel de souscription d'action et la renonciation à un usufruit. Il s'agissait toutefois d'affaires relatives à l'application des règles de fond du régime des donations, et non des règles de forme[1198]. La Cour de cassation a jugé, au contraire, que constituaient des donations ostensibles nulles faute de conclusion par acte authentique la renonciation à la nue-propriété[1199] ou à des droits indivis[1200]. Elle a également retenu que la renonciation à une donation devait emprunter la

droit civil, tome 2, *op. cit.* nbp n° 1071, n° 467 bis ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 3, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 2544 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 3, 3e édition, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 1314 ; R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, tome 4, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 228 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 3, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 1631 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol. Tome 4*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 3333 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1045, nos 119-122 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les successions et les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1057, n° 489 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 4. 2*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 1475 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 1333 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 339 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1053, n° 575. Voir déjà, visant la renonciation à une prescription acquise : R. T. TROPLONG, *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*, tome 2, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 1079 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 12, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 353.

1194 P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 341 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 1334. Voir *contra* : F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1053, n° 575 ; R. PONSARD, *Les donations indirectes*, *op. cit.* nbp n° 1051, p. 137 ; B. MALLET-BRICOUT, *Les biens, droits réels principaux*, 6e édition, Economica, 2019, nos 516-517.

1195 M. DAGOT, note sous Civ. 1re, 23 mai 1973, n° 72-10.186, *Bull. civ.* I, n° 178, *JCP G* 1975. II. 17920.

1196 En ce sens : M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 1333 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1045, n° 122 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1053, n° 576 ; R. PONSARD, *Les donations indirectes*, *op. cit.* nbp n° 1051, p. 139-140. Voir *contra* : J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.* nbp n° 1130, n° 429.

1197 Req., 28 juillet 1938, *DH* 1938. 517 ; Req., 15 novembre 1858, *DP* 1858 1 433.

1198 Pour une renonciation à un usufruit : Com., 2 décembre 1997, n° 96-10.729, *Bull. civ.* I, n° 319 ; Com., 10 avril 2019, n° 17-19.733, inédit (soumission de l'acte aux droits de mutation à titre gratuit). Pour une renonciation au droit préférentiel de souscription d'actions : Civ. 1re, 2 décembre 1981, n° 80-15.972, *Bull. civ.* I, n° 363 ; *Defrénois* 1983, art. 33056, p. 571, note J. HONORAT (réduction). Sur la discussion de la portée de tels arrêts, voir *supra*, nbp n° 1147.

1199 Civ. 1re, 31 mars 1965, n° 63-10.853, *Bull. civ.* I, n° 237 ; *JCP 196*5. II. 14423 note P. VOIRIN ; *RTD civ.* 1966, p. 120 obs. R. SAVATIER ; Civ. 1re, 10 juin 1987, n° 84-13.651, *Bull. civ.* I, n° 188 ; *RTD civ.* 1988, p. 382, obs. J. PATARIN.

1200 Civ. 1re, 15 février 2012, n° 11-11.636 ; *D.* 2012. 2476, chron. M. NICOD. Les termes de l'acte, « *je renonce et lègue* », révélaient l'intention libérale de leur auteur (voir aussi obs. M. Nicod précitées).

même forme que l'acceptation, soit, en principe, la forme authentique[1201]. L'implication d'un tiers au rapport de gratuité garantit donc les fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit et permet sa qualification contractuelle. Le commencement d'exécution joue ce même rôle.

SECTION III
LE COMMENCEMENT D'EXÉCUTION

660. Le commencement d'exécution nous paraît constituer l'un des éléments susceptibles de garantir la force obligatoire de l'accord gratuit et donc sa qualification contractuelle. Le doute sur l'existence du contrat à titre gratuit nous semble résulter du fait que l'accord gratuit, en raison de sa gratuité, ne satisfait pas les fondements de la force obligatoire du contrat. Nous considérons que des éléments objectifs sont de nature à compenser la gratuité et garantir les fondements de la force obligatoire de l'accord. À ce titre, la remise de la chose par le prêteur et sa réception par le dépositaire nous semblent garantir les fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit de prêt et de dépôt. Celui qui remet la chose manifeste une intention claire de s'engager à la prêter, tandis que celui qui la reçoit manifeste une intention de s'engager à la conserver. Par extension, tout commencement d'exécution nous semble garantir les fondements de la force obligatoire de l'accord.

661. Plan. La remise de la chose engage le prêteur et le dépositaire à fournir gratuitement la prestation de mise à disposition et de garde (§1.). Par induction, le commencement d'exécution garantit les fondements de la force obligatoire des contrats à titre gratuit (§2.).

§1. La remise de la chose, fondement de la force obligatoire des prêts et dépôts gratuits
§2. Le commencement d'exécution, fondement de la force obligatoire des contrats à titre gratuit

§1. LA REMISE DE LA CHOSE, FONDEMENT DE LA FORCE OBLIGATOIRE DES PRÊTS ET DÉPÔTS GRATUITS

662. La remise de la chose et sa réception garantissent les fondements de la force obligatoire des contrats. La gratuité donne naissance à un doute sur l'existence d'une intention de produire des effets de droit, et en particulier de l'intention du concédant de s'engager à

1201 Civ. 1re, 2 juin 1970, no 68-14.147, *Bull. civ.* I, no 187 ; *JCP G* 1972. II. 17095, note M. DAGOT.

fournir le service. La remise de la chose objet du prêt et du dépôt établit avec certitude l'existence de cette intention[1202]. Elle permet « *d'assurer une manifestation suffisamment sûre d'une volonté réelle et définitive*[1203] ». Celui qui remet sa chose après que les parties se sont accordées sur la conclusion d'un prêt ou d'une donation doit être considéré comme ayant manifesté une intention ferme d'être engagé par un contrat de prêt ou de donation. De même, celui qui reçoit la chose objet du dépôt ne peut prétendre ne pas avoir manifesté d'intention de s'engager à la conserver. La remise de la chose est également propre à générer chez le bénéficiaire la confiance légitime en l'exécution de la prestation, malgré sa gratuité[1204]. Elle constitue un élément objectif palliant l'absence de contrepartie et donc d'intérêt du concédant[1205]. La remise de la chose garantit les fondements de la force obligatoire des contrats

1202 D. GALBOIS, *La notion de contrat*, *op. cit.* nbp n° 968, n° 466 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Le contrat, le consentement*, *op. cit.* nbp n° 964, n° 950 (la remise « *est tout à la fois le fait juridique qui forme le contrat et l'acte juridique qui exprime la volonté de son auteur de le conclure* ») ; G. LOISEAU, « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », *D.* 2014. 2252 ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1038, n° 91, énonçant que la tradition réelle est « *le mode le plus naturel d'extériorisation de l'animus donandi* ». Voir aussi, retenant que le formalisme réel permet dans les contrats gratuits opérant transfert de la propriété ou d'un autre droit réel « *d'assurer une manifestation suffisamment sûre d'une volonté réelle et définitive* », elle « *exprime la réalité de la volonté, nécessaire à la naissance du contrat réel définitif dans les contrats gratuits* », par opposition aux mêmes contrats lorsqu'ils sont conclus à titre onéreux, dans lesquels la remise exprime « *un consentement définitif, nécessaire à la perfection du contrat* » : M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? », *RTD civ.* 1985, p. 1, n° 50.
Voir aussi, retenant que le formalisme en général, le formalisme réel inclus, permet d'assurer l'existence d'une intention de procurer un avantage irrévocable, et l'irrévocabilité spéciale des donations : X. LAGARDE, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », *RTD civ.* 1997, p. 25. Voir aussi, retenant que l'exigence de remise de la chose permet de garantir la protection du donateur, fondement du formalisme des donations : J. FLOUR, J. L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, *op. cit.* nbp n° 967, n° 505 ; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 13e édition, Dalloz, 2022, n° 373 ; A.-F. EYRAUD, *Le contrat réel*, *op. cit.* nbp n° 1047, p. 24-29 ; J.-M. MOULIGNER, « Le contrat réel dans l'évolution du droit des contrats », *RRJ* 2004, p. 2233 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e édition, Dalloz, 2018, n° 454. Sur le rapport entre protection du consentement et recherche du consentement, voir *supra*, n° 579. Voir aussi, sur les évolutions de la justification de la catégorie des contrats réels : C. JAMIN, « Éléments d'une théorie réaliste des contrats réels », *in Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 381. *Contra* A. POSEZ, *L'inexistence du contrat*, *op. cit.* nbp n° 964, n° 320, p. 557, faisant valoir que la remise de la chose est insuffisante à établir la volonté contractuelle.

1203 Voir ainsi, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? », *RTD civ.* 1985, p. 1, n° 11.

1204 Au sujet de la remise de la chose par le prêteur à l'emprunteur : G. CATTALANO-CLOAREC, *Le contrat de prêt*, préf. G. Loiseau, LGDJ-Lextenso, 2015, n° 103.

1205 G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, *op. cit.* nbp n° 1214, p. 480. Voir aussi, retenant que la tradition est nécessaire en matière de prêt parce que la volonté contractuelle est affaiblie : P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 12e édition, LGDJ, 2022, n° 600. Voir également, retenant que « *c'est lorsque les parties ont le moins conscience de contracter l'une avec l'autre, que la tradition s'impose comme source de l'obligation* » : X. LAGARDE, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », *loc. cit.* nbp n° 1202. Voir encore : H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français*, *op. cit.* nbp n° 1040, n° 524.

à titre gratuit[1206]. Elle ne constitue pas la seule garantie des fondements de la force obligatoire des contrats de prêt et de dépôt : le formalisme est également susceptible de garantir les fondements de la force obligatoire de ces contrats. Le don manuel, le prêt et le dépôt peuvent se voir dotés de la force obligatoire en l'absence de forme lorsque la chose objet du prêt ou du dépôt a été transférée à l'emprunteur ou au dépositaire.

663. Seule la remise des biens meubles corporels de la main à la main constitue un comportement suffisant pour garantir les fondements de la force obligatoire. La remise de la chose est traditionnellement entendue en droit des donations comme la transmission du bien donné de la main à la main[1207]. Cette définition exclut du domaine du don manuel les biens incorporels[1208] et les immeubles[1209]. Certains auteurs retiennent au contraire que la remise de la chose peut s'entendre de toute diligence par laquelle le remettant a conscience de transférer « *les moyens d'accès effectifs au bien* » et le donataire de les recevoir[1210], cette opération étant désignée sous le terme de transfert de la possession naturelle[1211]. Par exemple, la remise des clés, moyens d'accès effectifs à un immeuble ou à un véhicule, constituerait la remise effective de cet immeuble ou de ce véhicule[1212]. Toutefois, le simple transfert des moyens d'accès

1206 G. CATTALANO-CLOAREC, *Le contrat de prêt*, *op. cit.* nbp nº 1204, nº 103. Voir aussi, retenant que « *le seul accord des volontés est impuissant à produire effet s'il n'est complété par autre chose. C'est alors la réalisation de la solennité (entendue au sens large afin d'englober, pour les contrats réels, la remise d'une chose) qui permettra de corroborer l'accord de volontés et de s'assurer qu'une des parties ne s'engage pas sans intérêt* » : D. GALBOIS, *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, *op. cit.* nbp nº 1202, nº 468.

1207 N. PETERKA, *Les dons manuels*, préf. P. Catala, LGDJ, 2001, nº 341 ; R. TENDLER, « Le don manuel, une institution anachronique », *D.* 1989, chron. 245 ; M. DAGOT, « Des donations non solennelles », *JCP G* 2000. I. 24 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français*, *op. cit.* nbp nº 1040, nº 524.

1208 A. ROUAST, *Les libéralités entre vifs exemptes de formes*, Cours de doctorat, 1948-1949, p. 132 ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1038, nº 100.

1209 A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil*, tome 8, *op. cit.* nbp nº 1163, nº 389 ; C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 5, *op. cit.* nbp n° 1045, p. 179 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome 2, *op. cit.* nbp nº 1071, nº 467 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 3, *op. cit.* nbp nº 1045, nº 1636 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol. Tome 4. Régimes matrimoniaux. Successions-Libéralités*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1959, nº 3302 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1045, nº 83 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1053, nº 542 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les successions et les libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1057, nº 499 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 4. 2*, *op. cit.* nbp n° 1045, nº 1463.

1210 G. CATTALANO-CLOAREC, *Le contrat de prêt*, *op. cit.* nbp nº 1204, nº 125. Voir aussi, visant tout acte qui emporte accès aux utilités du bien incorporel : J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Le contrat, le consentement*, *op. cit.* nbp nº 964, nº 950.

1211 G. CATTALANO-CLOAREC, *Le contrat de prêt*, *op. cit.* nbp nº 1204, nº 125. Les auteurs du droit des libéralités évoquent le terme moins explicite de « *dessaisissement irrévocable* » (M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1038, nº 367 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1053, nº 545).

1212 En ce sens, les auteurs citent un arrêt par lequel la Cour de cassation a jugé qu'un prêt était valablement formé du dépôt du bulletin de mutation de superficies auprès de la mutualité sociale agricole : Civ. 1re, 18 février 2009 nº 08-11.234, inédit. Néanmoins, cet arrêt inédit et n'énonçant aucun principe solennel constitue un arrêt d'espèce et semble isolé.

effectifs ne suffit pas à garantir les fondements de la force obligatoire. Celui qui conclut un accord relatif à une donation ou à un prêt à usage ne manifeste pas, par la seule remise des moyens d'accès effectifs au bien objet de l'accord, une volonté certaine de produire des effets de droit. L'attente du bénéficiaire de l'exécution de la prestation n'est pas légitime. Le seul transfert de ces moyens d'accès, contrairement au transfert du bien lui-même, ne constitue pas un élément objectif suffisant pour fonder la force obligatoire. Doivent encore être exclus du domaine du don manuel les biens pour le transfert desquels des textes spéciaux prévoient un formalisme particulier, notamment les biens immatriculés[1213]. La remise de la chose garantit donc les fondements de la force obligatoire des contrats de prêt, de dépôt et de don manuel. Par analogie, tout commencement d'exécution devrait, selon nous, garantir les fondements de la force obligatoires des accords gratuits et permettre de les qualifier de contrat.

§2. LE COMMENCEMENT D'EXÉCUTION, FONDEMENT DE LA FORCE OBLIGATOIRE DES CONTRATS À TITRE GRATUIT

664. Au-delà de la seule remise de la chose, tout commencement d'exécution garantit les fondements de la force obligatoire des contrats. Pour le prêt et le dépôt, la remise de la chose constitue un commencement d'exécution. Le service rendu consiste en la concession de l'usage de la chose par le prêteur ou la garde de la chose par le dépositaire. Il se réalise donc dans la durée et la remise de la chose en constitue la première étape. Or, si le simple commencement d'exécution du prêt et du dépôt, la remise de la chose, suffit à fonder leur force obligatoire, le commencement d'exécution du mandat ou de la convention d'assistance bénévole doit également permettre de garantir les fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit. L'exécution, même partielle, coïncide avec le « *sentiment d'être véritablement obligé*[1214] ».

1213 F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1053, n° 83. C'est le cas des bateaux (article L. 4121-1 du code des transports), des navires (article L. 5114-1 du code des transports) et des aéronefs (article L. 6121-2 du code des transports).

1214 B. NUYTTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *loc. cit.* nbp n° 1029.
Voir aussi, énonçant que le sentiment d'engagement peut résulter de la signature d'un acte ou du paiement : G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, p. 328 et 330. Voir aussi, retenant que « *Même aujourd'hui, dans la masse non technicienne, la res (par ex. le paiement effectif du prix) est facilement sentie comme un élément essentiel des contrats (fussent-ils légalement consensuels comme la vente)* » : J. CARBONNIER, *Droit civil. 2. Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, p. 2077, n° 1008.

665. La notion de commencement d'exécution n'est pas inconnue du droit positif. Le commencement d'exécution opère confirmation et purge de la nullité relative du contrat[1215], le commencement d'exécution du mandat vaut acceptation du mandataire[1216]. Plus généralement, il constitue le point de départ du délai de prescription de l'exception de nullité[1217]. Il modifie les modes de preuve du bail : alors que le bail non exécuté se prouve par écrit, le bail exécuté se prouve par tous moyens[1218]. Par conséquent, la notion de commencement d'exécution nous paraît susceptible de décrire le comportement garantissant les fondements de la force obligatoire du contrat à titre gratuit.

666. Le commencement d'exécution peut manifester l'intention de s'engager à s'exécuter, créer la confiance légitime du bénéficiaire en l'exécution de la prestation, et constituer un élément objectif propre à fonder la force obligatoire du contrat. À cet égard, la réception de la prestation, dès lors qu'il est établi que le récipiendaire avait connaissance de cette réception, est susceptible de constituer un commencement d'exécution opposable à celui-ci[1219]. Un commencement d'exécution est, ainsi, susceptible de fonder la force obligatoire d'un contrat[1220].

1215 Article 1182 nouveau alinéa 2 du code civil : « *L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation.* »

1216 Article 1985 alinéa 2 du code civil : « *L'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire.* » Cette disposition est conservée par l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck (article 1987) et supprimée par l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant (voir notamment l'article 143, qui prévoit que le mandat est un contrat consensuel, mais ne mentionne pas l'acceptation tacite par commencement d'exécution). Sur ces avant-projets, voir *supra*, n° 95.

1217 Voir, *a contrario*, l'article 1185 du code civil : « *L'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution*. » Voir aussi : Civ. 1re, 12 novembre 2020, no 19-19.481, *Bull. civ.* I, p. 221. Sur la distinction entre commencement d'exécution et réalisation d'une condition : Com., 19 janvier 2022, n° 20-14.010, *Bull. civ.* IV, p. 150 ; *RDC* juin 2022, p. 19, obs. F. DOURNAUX.

1218 Voir, *a contrario*, l'article 1715 du code civil : « *Si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données*. » Voir aussi, sur la preuve du loyer : article 1716 du code civil. Ces dispositions sont supprimées par les avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux (voir l'article 53 de l'offre de réforme de l'Association Henri Capitant et l'article 1713 de l'avant-projet de réforme de la commission Stoffel-Munck, relatifs à la formation du contrat de location). L'avant-projet de la commission Stoffel-Munck précise que cette suppression est justifiée non par une remise en cause de la règle mais par l'étroitesse de son champ d'application, limité par les législations spéciales (avant-projet commenté, p. 54). Sur ces avant-projets, voir *supra*, n° 95.

1219 Voir récemment : Civ. 1re, 5 janvier 2022, n° 19-25.727, inédit ; *RDC* mars 2023, p. 13, obs. M. LATINA.

1220 J. HUET, R*esponsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. Essai de délimitation des deux ordres de responsabilité*, th. Paris II, 1978, no 160. Voir aussi, retenant qu'il s'agit d'« *un aboutissement logique* » de l'admission du consensualisme : « *la totale liberté de forme impliquerait de permettre aux parties de manifester leur volonté comme bon leur semble* » : V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, *op. cit.* nbp no 1029, no 418.

667. Mais le commencement d'exécution garantit les fondements de l'obligation d'exécuter la seule prestation commencée. Le commencement d'exécution n'oblige le concédant qu'à poursuivre l'exécution commencée, mais non à exécuter une prestation distincte et divisible de celle faisant l'objet du commencement d'exécution. Par exemple, si une personne promet de se charger de deux affaires distinctes et accomplit des faits d'exécution afférents à l'une d'entre elles, il ne s'engage qu'à l'exécution de celle-ci. De même, le prêteur qui verse une fraction de la somme ne s'engage pas à prêter le solde[1221], ni le donateur qui ne transfère qu'une partie des biens objets de l'accord à donner les biens restants[1222].

668. Il appartiendra aux juges du fond d'apprécier, dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation, si les faits caractérisent un commencement d'exécution de la prestation promise garantissant les fondements de la force obligatoire du contrat.

669. Conclusion du chapitre deuxième. La gratuité empêche l'accord de satisfaire seul les fondements de la force obligatoire. Elle fait douter de l'intention des parties de produire des effets de droit. Elle prive l'engagement d'un élément objectif qui le matérialiserait. Elle rend improbable l'existence d'une attente légitime du créancier. Néanmoins, des accords gratuits sont, en droit positif français, qualifiés de contrats et dotés de force obligatoire. Il convenait dès lors de déterminer les éléments s'ajoutant à l'accord gratuit et lui conférant force obligatoire. Trois types d'éléments garantissent les fondements de la force obligatoire du contrat : la conclusion d'un acte authentique ou d'un contrat à titre onéreux comportant une contrepartie déséquilibrée ou fictive, l'implication d'un tiers au rapport de gratuité, le commencement d'exécution de la prestation. Chacun de ces éléments établit l'intention des parties de produire des effets de droit. Ils constituent un élément objectif concrétisant l'engagement. Ils légitiment l'attente de chacune des parties à l'exécution de l'autre. Ils justifient donc que l'accord soit qualifié de contrat et doté de la force obligatoire.

670. À cet égard, nous n'adhérons pas aux analyses doctrinales, consacrées par les avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux, selon lesquelles l'accord informel portant sur une prestation de prêt ou de dépôt devrait se voir reconnaître force obligatoire, quoique sanctionner de seuls dommages-intérêts. L'accord informel de prêt ou de dépôt gratuit – de même que l'accord informel de mandat gratuit, d'assistance ou de don – ne présente pas de garanties suffisantes de sa force obligatoire. Il ne saurait être sanctionné, même par des

1221 Civ. 1re, 20 juillet 1981, nº 80-12.529, *Bull. civ.* I, nº 267. Sur cet arrêt, voir *supra*, nº 694.
1222 A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil*, tome 8, *op. cit.* nbp nº 1163, nº 391.

dommages-intérêts. L'accord ayant force obligatoire, véritable contrat à titre gratuit , doit voir son inexécution sanctionnée.

CHAPITRE TROISIÈME
LA PORTÉE DE LA FORCE OBLIGATOIRE DES ACCORDS GRATUITS

671. La gratuité, en plus de générer un doute sur l'existence de la force obligatoire, fait douter de la portée de cette dernière. Certains auteurs soutiennent ainsi que, même si l'accord gratuit pourrait constituer un contrat à titre gratuit, et donc être obligatoire, son inexécution serait différemment sanctionnée. En quelque sorte, il serait obligatoire, mais « moins obligatoire » que le contrat à titre onéreux.

672. Il peut être soutenu que les sanctions de l'inexécution des contrats à titre gratuit sont différentes de celles des contrats à titre onéreux. Le régime de la gratuité prévoit ainsi que les exigences à l'égard du concédant sont allégées par rapport à celles s'imposant à celui qui s'engage à titre onéreux[1223]. De plus, le concédant peut résilier plus librement le contrat de service gratuit. Certains auteurs considèrent qu'à ces particularités s'en ajoute une autre, qui est que les sanctions de l'inexécution des obligations résultant du contrat à titre gratuit, et notamment du contrat de service gratuit, pourraient être différentes de celle des obligations résultant d'un contrat à titre onéreux[1224]. Les obligations nées du contrat de service gratuit ne pourraient jamais faire l'objet d'une exécution forcée. En particulier, le concédant, qui s'engage sans recevoir de contrepartie, ne pourrait être contraint à exécuter la prestation. De même, l'octroi de dommages-intérêts, ainsi que leur fonction, pourraient être mis en cause. La distinction doctrinale entre intérêt positif et intérêt négatif permet de l'expliciter[1225]. L'intérêt positif est « *l'intérêt du créancier à l'exécution régulière de l'obligation contractuelle*[1226] ». Son indemnisation a pour objet de « *placer le cocontractant dans la même situation patrimoniale que celle où il se serait trouvé si l'obligation avait été complètement et ponctuellement exécutée*[1227] ». L'intérêt négatif est « *l'intérêt à la non conclusion du*

1223 Voir *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre second, Section III.

1224 O. DESHAYES, « Gratuité et contrat : l'acte à titre gratuit est-il un contrat », *in* N. MARTIAL-BRAZ et C. ZOLYNSKI (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, LGDJ, 2013, p. 143. Voir aussi : G. GORLA, *Le contrat dans le droit continental et en particulier dans le droit français et italien*, Instituto universitario di studi europei, 1958, p. 61.

1225 Sur cette distinction, voir notamment : Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, 2004, n^os^ 110 s. ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, 4^e^ édition, LGDJ, 2017, n^os^ 306-309.

1226 Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, 2004, n^o^ 110.

1227 *Ibid.*

contrat[1228] ». Il s'agit « *de faire comme si le fait extérieur de la conclusion n'avait point existé*[1229] ». Il y aurait, en matière de contrat à titre gratuit, une dérogation au principe selon lequel le cocontractant lésé peut obtenir indemnisation de son intérêt positif. Les parties au contrat à titre gratuit ne pourraient obtenir que l'indemnisation de l'intérêt négatif. Par exemple, en cas d'inexécution du prêteur, l'emprunteur ne pourrait obtenir une indemnisation le plaçant dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le bien avait été prêté, par exemple, le prix de la location d'un autre bien, mais uniquement dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le concédant n'avait pas promis le prêt. Ainsi, la portée de la force obligatoire serait réduite : alors que le contractant à titre onéreux peut être contraint à l'exécution forcée et à replacer son cocontractant dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si l'obligation avait été exécutée, le contractant à titre onéreux ne pourrait jamais être contraint à l'exécution forcée et ne serait tenu que de placer son cocontractant dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si l'accord n'avait pas été conclu.

673. Plan. Nous considérons que la gratuité ne justifie pas un renversement des principes gouvernant la portée de la force obligatoire mais seulement l'application de certaines limites (§1.). L'affirmation de la force obligatoire du contrat à titre gratuit nous paraît utilement mise en relief par une comparaison avec la situation de l'accord gratuit informel, dépourvu de force obligatoire (§2.).

Section I
Les sanctions de l'inexécution du contrat à titre gratuit
Section II
Les sanctions de l'inexécution de l'accord gratuit dépourvu de force obligatoire

SECTION I
LES SANCTIONS DE L'INEXÉCUTION DU CONTRAT À TITRE GRATUIT

674. Plan. Le bénéficiaire d'un contrat à titre gratuit, doté de la force obligatoire des contrats, peut en principe contraindre le concédant à exécuter la prestation promise (A.). Le refus

1228 *Ibid.*, nº 119.
1229 *Ibid.*

d'exécution par le bénéficiaire est plus hypothétique. Mais, selon nous, il encourt également certaines sanctions en cas d'inexécution, et notamment de refus d'exécution des charges (B.).

§1. Les sanctions de l'inexécution du concédant
§2. Les sanctions de l'inexécution du bénéficiaire partie à l'accord

§1. LES SANCTIONS DE L'INEXÉCUTION DU CONCÉDANT

675. Plan. L'existence de limites aux sanctions de l'inexécution (A.) consolide, selon nous, l'affirmation du principe de la sanction de l'inexécution (B.).

A. Les limites des sanctions de l'inexécution
B. Les sanctions de l'inexécution à l'intérieur de ces limites

A. LES LIMITES DES SANCTIONS DE L'INEXÉCUTION

676. Plan. L'impossibilité morale d'exécuter nous paraît exclure toute exécution forcée d'une obligation souscrite à titre gratuit (1.). De plus, le régime de la gratuité contient deux facultés de révocation lesquelles sont susceptibles d'être invoquées par le concédant pour refuser l'exécution (2.).

1. L'impossibilité morale d'exécuter

677. L'impossibilité morale d'exécuter nous paraît s'opposer à l'exécution forcée du contrat à titre gratuit supposant des diligences personnelles du concédant. L'article 1142 du code civil, en sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, disposait que « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.* » La jurisprudence en déduisait que l'impossibilité morale faisait obstacle à l'exécution forcée de diverses obligations telles que celle de peindre un tableau ou de donner un cours[1230]. L'article 1221 du code civil, issu de l'ordonnance de réforme du droit des contrats du 10 février 2016, a consacré cette règle en énonçant que « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible* […] ». Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance de réforme ayant précisé que « *L'ordonnance retient les exceptions consacrées par la jurisprudence* » et notamment l'« *impossibilité*

1230 Voir les exemples rappelés par A. LEBOIS : A. LEBOIS, « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », *JCP G* 2008. I. 210.

(matérielle, juridique ou morale, en particulier si elle porte atteinte aux libertés individuelles du débiteur », il paraît probable que cette jurisprudence sera maintenue.

678. Selon la doctrine, cette règle trouve son application « *lorsque la prestation due présente un caractère éminemment personnel pour le débiteur*[1231] », lorsque pour l'exécution de l'obligation, il faut que « *la personne même du débiteur soit engagée, dans sa personne ou dans son esprit* », de sorte que « *la contrainte serait contraire à la liberté individuelle, et de surcroît inefficace*[1232] ». Cette règle nous paraît pouvoir être invoquée pour exclure l'exécution forcée de toute prestation personnelle qu'un concédant se serait engagé à fournir à titre gratuit[1233]. Certes, elle est habituellement pensée comme excluant les prestations intellectuelles ou artistiques, pour lesquelles la personne du débiteur est déterminante et que seul lui pourrait exécuter[1234]. Dans cette perspective, le seul fait qu'une prestation de service doive être fournie à titre gratuit ne suffit pas à établir que la personne du débiteur est déterminante pour son exécution. Toutefois, l'impossibilité nous semble se rattacher au fondement plus général selon lequel l'exécution forcée porterait atteinte à la liberté individuelle du débiteur. L'impossibilité morale exclut ainsi l'exécution forcée de la prestation présentant un caractère personnel. Elle interdit notamment, selon nous, l'exécution forcée de la prestation d'assistance bénévole.

2. Les facultés de révocation

679. Plan. Tant la révocation pour ingratitude (a) que la règle selon laquelle le concédant doit être déchargé de ses obligations si l'exécution de celles-ci lui cause un préjudice considérable (b) limitent les sanctions de l'inexécution du contrat à titre gratuit.

a) La révocation pour ingratitude

680. Le donateur peut demander la révocation du contrat pour ingratitude. Le code civil prévoit que le donateur peut révoquer la donation en cas d'ingratitude du donataire, ce qui

1231 F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, 13e édition, Dalloz, 2022, no 778.
1232 *Ibid.*, no 761.
1233 Voir aussi en ce sens : P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 8e édition, Dalloz, 2019, no 1012.
1234 A. LEBOIS, « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », *JCP G* 2008. I. 210. Voir aussi, retenant que l'obligation dont l'exécution forcée est moralement impossible est celle conclue *intuitu personae*, celle qui « *ne peut, dans l'intention des parties, être accomplie, en raison du caractère strictement personnel de la prestation, que par le cocontractant lui-même, sans qu'il puisse y être contraint, même indirectement, notamment au moyen d'une contrainte financière* » : P. SIMLER, « Art. 1221 et 1222 - Fasc. unique : CONTRAT. – Inexécution du contrat. – Exécution forcée en nature », *JurisClasseur Civil Code*, 9 septembre 2021, no 16.

contraint le donataire à restituer l'avantage reçu[1235]. Le donateur auquel il est demandé de délivrer le bien donné peut donc exciper de l'ingratitude du donataire pour révoquer le contrat.

681. Nous suggérons que le concédant d'un contrat de service gratuit puisse, lui aussi, solliciter la révocation pour ingratitude. Cette hypothèse de révocation pourrait, d'ailleurs, être étendue aux contrats de services gratuits. La révocation pour ingratitude est justifiée, en doctrine, soit comme la sanction d'un devoir de gratitude[1236], soit comme l'expression d'une peine privée[1237]. Cette justification s'étend aux contrats de services gratuits. Le bénéficiaire d'un contrat de service gratuit devrait également être tenu à un devoir moral de gratitude. Ce devoir appelle une sanction, la révocation pour ingratitude. Le concédant devrait pouvoir révoquer l'avantage fourni et en obtenir restitution en cas d'ingratitude du bénéficiaire. Par exemple, l'emprunteur s'étant rendu coupable d'ingratitude à l'égard du prêteur devrait encourir une condamnation à restituer l'avantage reçu, c'est-à-dire à verser une indemnité de jouissance. Une telle règle pourrait être insérée dans l'éventuelle réforme du droit des contrats spéciaux.

b) La révocation en cas de préjudice considérable subi par le concédant

682. En droit positif, deux dispositions limitent les sanctions de l'inexécution du contrat, l'une relative au contrat de prêt et l'autre au contrat de mandat. L'article 1889 du code civil dispose que le prêteur à usage, même engagé pour une durée déterminée, peut demander la restitution anticipée de sa chose si survient un besoin pressant et imprévu[1238]. Similairement, l'article 2007 prévoit que le mandataire n'est pas tenu d'indemniser le préjudice résultant de sa

1235 Article 955 du code civil. Sur la révocation pour inexécution des charges, voir *infra*, n° 701. La révocation pour survenance d'enfants n'étant prononcée que si la donation le prévoit pour les donations postérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006 (voir article 960 du code civil), elle ne relève plus du droit commun des donations.

1236 M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 3, Pichon, 1901, n° 2586 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités, op. cit.* nbp n° 396, n° 173 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités, op. cit.* nbp n° 542, n° 584.

1237 M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 541, n° 1426 (retenant que la révocation sanctionne parfois un devoir moral) ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 399, n° 362.

1238 La règle a été conservée par les avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux : l'article 109 alinéa 2 de l'offre de réforme de l'Association Henri Capitant la reprend, sauf la suppression du qualificatif « *imprévu* » ; l'article 1879-1 de l'avant-projet de la commission Stoffel-Munck la conserve également, en la réservant au prêt à usage désintéressé.

renonciation lorsqu'il « *se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable*[1239] ».

683. Deux dispositions similaires existent dans les droits allemand et espagnol. Le Bürgerliches Gesetzbuch, le code civil allemand, comporte une « *exception de nécessité* » permettant au donateur de refuser l'exécution lorsqu'il est dans l'impossibilité d'exécuter la promesse sans compromettre son entretien ou l'exécution de ses obligations alimentaires[1240]. Le code civil espagnol contient une disposition prévoyant que la donation est nulle lorsqu'elle a pour objet des biens nécessaires pour que le donateur poursuive sa vie sans rupture dans ses conditions d'existence[1241]. Une disposition similaire pourrait être introduite en droit français. Elle pourrait voir son application étendue aux contrats de services gratuits. Corrélativement, le bénéficiaire ne pourrait demander l'exécution forcée du contrat lorsqu'il apparaît que celle-ci prive le concédant du nécessaire pour maintenir ses conditions de vie.

684. De ces dispositions particulières nous paraît pouvoir s'inférer une règle applicable à l'ensemble des contrats à titre gratuit : le concédant doit être déchargé de toutes ses obligations si l'exécution de celles-ci lui causerait un préjudice considérable. Cette règle nous paraît constituer une application d'un principe plus général selon lequel le concédant ne doit pas souffrir des conséquences de son acte bienfaisant. Il en ressort que le concédant doit être libéré lorsque l'exécution devient trop contraignante.

685. Cette règle nous paraît devoir être interprétée comme une faculté de révocation. Ni le code civil, ni la jurisprudence ne précise la portée ou la signification exacte des règles des articles 1889 et 2007 du code civil. Celles-ci nous paraissent pouvoir être rapprochées de cinq

1239 La règle a été conservée l'article 2021 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck. Elle ne l'a pas été par l'offre de réforme de l'Association Henri Capitant qui retient, dans son article 154, que la renonciation du mandataire ne donne lieu à indemnisation que lorsque le mandat est d'intérêt commun ou stipulé irrévocable.

1240 § 519 du BGB : « *§ 519 Einrede des Notbedarfs (1) Der Schenker ist berechtigt, die Erfüllung eines schenkweise erteilten Versprechens zu verweigern, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, das Versprechen zu erfüllen, ohne dass sein angemessener Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird. (2) Treffen die Ansprüche mehrerer Beschenkten zusammen, so geht der früher entstandene Anspruch vor.* » (§ 519 Exception de nécessité (1) Le donateur a le droit de refuser l'exécution d'une promesse faite à titre de donation, dans la mesure où, compte tenu de ses autres obligations, il est dans l'impossibilité d'exécuter la promesse sans compromettre son entretien convenable ou l'exécution des obligations alimentaires qui lui incombent en vertu de la loi. (2) Lorsque les droits de plusieurs donataires se cumulent, le droit né le plus tôt prévaut.)

1241 Article 634 du code civil espagnol : « *La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias*. » (La donation peut comprendre tout ou partie des biens actuels du donateur, à condition que celui-ci se réserve, en pleine propriété ou en usufruit, le nécessaire pour vivre dans un état correspondant à sa situation.)

catégories : une faculté de révocation, similaire à la révocation de la donation pour ingratitude[1242] ; une cause de nullité du contrat, similaire à une erreur sur les qualités substantielles de la prestation[1243], de même qu'en droit espagnol ; une exception, similaire à l'exception d'inexécution[1244], de même qu'en droit allemand ; une exception à l'exécution forcée, similaire à celle de la disproportion manifeste entre le coût pour le débiteur et l'intérêt pour le créancier[1245] ; une obligation de renégociation, analogue au changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat ayant rendu l'exécution excessivement onéreuse consacré par l'ordonnance de réforme du droit des contrats[1246] ; une cause d'exonération, telle une forme de force majeure[1247]. La première nous paraît constituer l'analyse la plus pertinente.

686. D'une part, l'esprit de la condition d'application de la règle selon laquelle le concédant doit être déchargé de ses obligations lorsque leur exécution lui causerait un préjudice considérable nous semble être le devoir de reconnaissance imposé au bénéficiaire à l'égard du concédant. Cette considération milite en faveur d'un rapprochement avec la révocation pour ingratitude. Elle justifie d'écarter la limite à l'exécution forcée constituée par le changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat ayant rendu l'exécution excessivement onéreuse. Certes, cette règle paraît à première vue constituer un élément de comparaison pertinent. La parenté apparente entre l'exécution excessivement onéreuse et le préjudice considérable subi par le concédant milite en ce sens. Toutefois, l'analogie nous paraît devoir être écartée. En ce qui concerne les conditions de cette exception, d'une part, elles tendent à l'appréciation de l'efficacité économique de l'exécution forcée sollicitée par le créancier, le juge pouvant l'écarter lorsque cette efficacité est insuffisante[1248]. Cette règle a pour finalité de « *préserver l'efficacité économique de la sanction*[1249] » et non celle de sanctionner une obligation morale du créancier de préserver les intérêts du débiteur[1250]. La règle déchargeant le concédant de ses obligations en cas de préjudice considérable, qui traduit un devoir de reconnaissance du bénéficiaire à l'égard du concédant, ne peut lui être assimilée.

1242 Sur laquelle voir *supra*, n° révoquer 680.
1243 Article 1132 du code civil.
1244 Article 1219 du code civil.
1245 Article 1221 du code civil.
1246 Article 1195 du code civil.
1247 Article 1218 du code civil.
1248 M. CORMIER, *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, th. Paris II, 2022, n° 271.
1249 *Ibid.*, n° 272.
1250 La mise en œuvre de cette disposition ne requiert ainsi ni intention de nuire, ni mauvaise foi : *ibid.*, n^os^ 454-461.

687. D'autre part, cette règle pourrait avoir pour effet à la fois un déchargement des obligations du concédant, mais, plus avant et par analogie avec le droit espagnol, une restitution du bien donné si le concédant ne dispose plus du minimum nécessaire pour survivre. Il est certain qu'en droit français, cette règle ne constitue pas une cause de nullité du contrat. Tant l'article 1889 que l'article 2007 se situent dans des sections relatives aux obligations du prêteur à usage pour le premier, aux obligations du mandataire pour le second. Ils relèvent donc des effets du contrat et non de sa formation. Quant à l'exception du coût manifestement excessif de l'exécution pour le débiteur, elle fait obstacle à l'exécution forcée mais ne le dispense pas d'indemniser le préjudice résultant de l'inexécution. La révocation du contrat nous paraît, à cet égard, constituer une analyse adéquate : elle écarte l'exécution forcée mais, plus avant, elle dispense le concédant de toute exécution et lui permet même d'obtenir la restitution de l'avantage procuré le cas échéant. Le concédant dispose donc d'une faculté de révoquer le contrat à titre gratuit si l'exécution lui cause un préjudice considérable. Cette faculté de révocation, en constituant une exception à la sanction de l'inexécution du contrat à titre gratuit par le concédant, consolide le principe de l'existence de ces sanctions.

B. LES SANCTIONS DE L'INEXÉCUTION À L'INTÉRIEUR DE CES LIMITES

688. Plan. Après avoir défendu le principe de la possibilité pour le concédant d'obtenir l'exécution forcée ainsi que des dommages-intérêts indemnisant son intérêt positif (1.), nous en tirerons les conséquences sur chacun des contrats spéciaux (2.).

1. Le principe de l'exécution forcée

689. La comparaison de la situation du concédant et de celle du bénéficiaire ne justifie pas le refus de l'exécution forcée du contrat à titre gratuit. Certains auteurs considèrent que l'intérêt du bénéficiaire, lequel n'a fourni aucune contrepartie à l'avantage promis par le concédant, n'est pas suffisant pour fonder l'exécution forcée du contrat gratuit. Ainsi, selon un auteur, l'exécution forcée doit être refusée afin de trouver un équilibre entre les intérêts des deux parties[1251]. Selon un autre auteur, le juge doit pouvoir opérer un choix pragmatique parmi

1251 A. POSEZ, *L'inexistence du contrat*, th. Paris II, 2010, n^os^ 321-325.

les sanctions de l'inexécution en fonction de considérations d'opportunité[1252]. Il doit écarter l'exécution forcée « *lorsque le créancier lésé n'est pas juridiquement tenu de fournir une contrepartie*[1253] », et donc notamment lorsqu'il est bénéficiaire d'un accord gratuit[1254]. En d'autres termes, il serait injuste ou inopportun de contraindre le concédant à exécuter la prestation promise au profit d'un bénéficiaire n'ayant pas fourni de contrepartie équivalente.

690. Selon nous, l'exécution forcée est injuste ou inopportune lorsqu'il existe un doute sur les fondements de la force obligatoire de son engagement[1255]. Dès lors que le fondement de la force obligatoire est établi, par le respect d'une forme prédéterminée ou par l'implication d'un tiers au rapport de gratuité, l'exécution forcée ne constitue pas une rupture dans l'équilibre des intérêts respectifs des parties. Par exemple, lorsqu'une personne s'est engagée par acte authentique à prêter son bien à une autre, l'exécution forcée de cet engagement ne paraît ni injuste, ni inopportune.

691. L'admission de la force obligatoire de l'accord implique la possibilité de principe d'obtenir l'exécution forcée de la prestation objet de l'accord, et des obligations permettant de la réaliser. L'exécution forcée est conforme à la volonté manifestée des parties, elle repose sur un élément objectif constitué, et elle satisfait les attentes légitimes du bénéficiaire[1256]. Les obligations du concédant résultant des contrats à titre gratuit sont donc susceptibles d'exécution forcée. Le bénéficiaire peut également obtenir des dommages-intérêts

1252 Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.* nbp n° 1226, n° 123. Ni les fondements de la force obligatoire du contrat, ni la technique obligationnelle n'impliqueraient que l'obligation contractuelle fasse l'objet d'une sanction particulière (*ibid.*, n° 38), qu'il s'agisse de l'exécution forcée (*ibid.*, n° 45) ou de l'indemnisation de l'intérêt positif (*ibid.*, n°s 137-152). Il y aurait donc corrélation et non causalité entre intérêt négatif et responsabilité délictuelle (*ibid.*, n° 143). Ces considérations d'opportunité sont essentiellement économiques : *ibid.*, n°s 42, 137, 139. Notons que le critère économique principal est la protection du créancier contre les fluctuations de prix postérieures à la conclusion du contrat, et qu'il est inopérant en matière d'accord gratuit. L'auteur retient que l'indemnisation de l'intérêt positif, et au-delà, l'exécution forcée, serait opportune lorsqu'elle est nécessaire pour protéger le créancier contre les fluctuations postérieures à la conclusion du contrat (*ibid.*, n° 139). Pour éclairer ce critère, prenons pour exemple un contrat par lequel une personne s'engage à fournir à une autre des cours particuliers. Sur un marché dans lequel le prix de cette prestation de service est stable, l'inexécution de l'enseignant indélicat ne causera qu'un préjudice minime : l'élève pourra résoudre le contrat conclu avec ce premier enseignant et conclure avec un second, au même prix. Le seul préjudice subi par l'élève consistera en les frais et démarches effectuées auprès du premier enseignant, l'intérêt négatif. Ce n'est que si le prix de la prestation est volatil que l'élève subit une perte : elle tient alors à la différence entre le prix convenu avec le premier enseignant et la somme qu'il devra débourser pour obtenir la même prestation d'un tiers.

1253 *Ibid.*, n° 145.

1254 *Ibid.*, n°s 150-152.

1255 *Ibid.*

1256 Une autrice expose un argument spécifique au refus d'exécution forcée du prêt. Cette exécution porterait « *atteinte à la relation de propriété dans sa perception la plus forte* » (A.-F. EYRAUD, *Le contrat réel : essai de renouveau à partir du droit des biens*, th. Paris I, 2003, p. 248). Mais le contrat de bail est susceptible d'exécution forcée. Il est difficile de soutenir que le lien de propriété entre le bailleur et son bien ne fait pas obstacle à l'exécution forcée du contrat de bail, mais bien à celui du contrat de prêt.

indemnisant son intérêt positif. Il doit alors être placé dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le concédant avait exécuté ses obligations.

2. Les conséquences de l'exécution forcée

692. Le donataire doit pouvoir contraindre le donateur à le mettre en possession du bien dont la donation l'a rendu propriétaire. La donation produit un effet translatif de propriété immédiat[1257]. Les auteurs ajoutent que naît à la charge du donateur une obligation de délivrance[1258]. Le donataire peut revendiquer le bien et demander l'exécution forcée de l'obligation de délivrance[1259]. Rien ne s'oppose à ce que le donataire puisse également demander des dommages-intérêts indemnisant son intérêt positif s'il préfère obtenir des dommages-intérêts en lieu et place de l'exécution, ou s'il démontre que le retard dans l'exécution lui a causé un préjudice.

693. L'emprunteur peut contraindre le prêteur à lui remettre la chose. Dès lors que les fondements de la force obligatoire sont garantis, par la forme notamment, elle doit produire son plein effet. L'emprunteur doit pouvoir obtenir la remise de la chose. De même, il peut obtenir, en cas d'inexécution, des dommages-intérêts le plaçant dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si la prestation avait été exécutée. En d'autres termes, il peut obtenir une indemnisation de l'intérêt positif.

694. Il nous semble, en conséquence, souhaitable de renoncer à la position jurisprudentielle et doctrinale rejetant l'exécution forcée de l'accord de prêt, aussi appelé promesse de prêt. Dans un arrêt rendu le 20 juillet 1981, la Cour de cassation a retenu que la promesse de prêt par acte sous signature privée ne peut faire l'objet d'une exécution forcée. Son inexécution ne peut

1257 F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : les successions, les libéralités*, 4e édition, Dalloz, 2013, nº 580 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, 10e édition, LGDJ-Lextenso, 2022, nº 355 ; D. GUÉVEL, *Droit des successions et des libéralités*, 3e édition, LGDJ-Lextenso, 2014, nº 477 ; M. GRIMALDI, *Droit civil : libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, nº 1403 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, Armand Colin, 1982 nº 133.

1258 P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités, op. cit.* nbp nº 1257, nº 355 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités, op. cit.* nbp nº 1149, nº 582 ; D. GUÉVEL, *Droit des successions et des libéralités, op. cit.* nbp nº 1257, nº 478 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants, op. cit.* nbp nº 1149, nº 1406 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités, op. cit.* nbp nº 1257, nº 136.

1259 Il peut notamment contraindre le donateur ou ses héritiers à la réitération de l'acte en la forme authentique lorsque, indirect ou déguisé, il n'a pas été adopté en cette forme, lorsqu'elle est nécessaire pour son enregistrement à la publicité foncière et ainsi son opposabilité aux tiers, c'est-à-dire lorsque l'acte porte sur un bien immobilier : article 939 du code civil, article 28 du décret nº 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière.

donner lieu qu'à l'octroi de dommages-intérêts[1260]. La doctrine majoritaire approuve cette solution[1261] et l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck propose de l'intégrer dans le code civil[1262]. Cependant, dès lors que les fondements de la force obligatoire sont garantis, l'exécution forcée nous paraît justifiée. Lorsque les parties ont coulé leur engagement dans une forme garantissant les fondements de la force obligatoire, et assurant notamment l'existence d'une intention de produire des effets de droit, rien ne justifie que l'exécution forcée soit refusée. Cette situation vise deux hypothèses : l'adoption de la forme authentique, et la conclusion d'un acte stipulant une contrepartie déséquilibrée ou fictive. Dans de telles hypothèses, les fondements de la force obligatoire sont garantis, l'accord constitue un contrat de prêt et l'exécution forcée peut être ordonnée.

695. Par ailleurs, lorsque l'accord est doté de la force obligatoire, son inexécution peut donner lieu à des dommages-intérêts. Ni la jurisprudence, ni la doctrine ne précisent les modalités de calcul de ces dommages-intérêts. Néanmoins, lorsque les fondements de la force obligatoire sont garantis, ils justifient la possibilité pour l'emprunteur d'obtenir l'exécution forcée des obligations du prêteur. Ils fondent également l'octroi au bénéficiaire de dommages-intérêts indemnisant son intérêt positif, c'est-à-dire le plaçant dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été exécuté.

696. Le dépositaire peut contraindre le déposant à recevoir la chose et à la conserver. Le même raisonnement peut être adopté en matière de dépôt. Les auteurs sont divisés sur la possibilité d'obtenir l'exécution forcée de l'accord portant sur une prestation de dépôt non exécuté[1263]. La doctrine majoritaire considère que l'inexécution d'un tel accord ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts et cette solution a été consacrée dans l'avant-projet de la commission Stoffel-Munck[1264]. Cependant, dès lors que les fondements de la force obligatoire sont garantis, l'exécution forcée de l'obligation de conservation du dépositaire nous paraît devoir être ordonnée. Celui-ci peut être condamné à indemniser l'intérêt positif.

1260 Civ. 1re, 20 juillet 1981, no 80-12.529, *Bull. civ.* I, no 267. Sur cet arrêt, voir *supra*, no 694. Voir antérieurement, un arrêt fréquemment cité de la cour d'appel de Colmar ayant admis l'exécution forcée d'une promesse de prêt à usage à durée indéterminée, et imposé au prêteur de maintenir le local objet du prêt à disposition de l'emprunteur pour une durée de deux ans : CA Colmar, 8 mai 1845, *DP* 1846. 2. 219. Le prêt consenti par un professionnel du crédit, désormais consensuel (voir *supra*, no 592), peut donner lieu à exécution forcée.

1261 Voir *supra*, n° 694.

1262 Articles 1877-1 et 1893-1 de l'avant-projet.

1263 Voir *supra*, n° 593.

1264 *Ibid.*

697. De même, le bénéficiaire de la convention d'assistance bénévole peut obtenir des dommages-intérêts indemnisant l'intérêt positif. L'accord sur l'assistance bénévole non exécuté ne constitue un contrat qu'à la condition d'avoir été coulé dans une forme garantissant les fondements de sa force obligatoire, c'est-à-dire conclu par acte authentique ou sous la forme d'un contrat à titre onéreux comportant une contrepartie déséquilibrée ou fictive. Dans ces circonstances, les parties ont manifesté une volonté claire de produire des effets de droit. Rien ne nous paraît s'opposer à ce que l'inexécution soit sanctionnée. Toutefois, dès lors que la prestation implique une activité personnelle du concédant, l'impossibilité morale d'exécuter nous paraît exclure l'exécution forcée[1265]. En conséquence, et sauf à ce que l'exécution cause un préjudice considérable au concédant, le bénéficiaire nous paraît pouvoir demander l'indemnisation du préjudice subi du fait de l'inexécution.

698. Le mandant ne peut obtenir l'exécution forcée du mandat mais doit être indemnisé du préjudice résultant de l'inexécution. En matière de mandat, la règle de principe, applicable au mandat à titre onéreux comme au mandat à titre gratuit, est que la confiance qui le sous-tend justifie que le mandataire puisse y renoncer à tout moment[1266]. Le mandat n'est pas susceptible d'exécution forcée. Mais le mandataire est tenu d'indemniser le préjudice résultant de sa renonciation[1267]. Cette solution, qui a été conservée par l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck[1268], semble avoir été limitée par l'offre de réforme de l'Association Henri Capitant. Celui-ci, qui prévoit que « *le mandat peut être révoqué à tout moment, et sans préavis, par le mandant ou le mandataire, à charge d'indemnité si le mandat est d'intérêt commun ou s'il a été stipulé irrévocable*[1269] », semble exclure toute possibilité d'indemnisation en dehors du mandat d'intérêt commun ou du mandat stipulé

1265 Voir *supra*, n° 677.

1266 Article 2007 alinéa premier du code civil : « *Le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa renonciation.* ». Cette règle semble avoir été conservée par les avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux : article 154 de l'offre de réforme de l'Association Henri Capitant ; article 2021 de l'avant-projet de la commission Stoffel-Munck. La faculté de renonciation *ad nutum* ne résulte, dans l'avant-projet de la commission Stoffel-Munck, que du silence de l'article 2021 sur une sanction autre que les dommages-intérêts. Il serait opportun que l'avant-projet la rappelle plus explicitement.

1267 Article 2007 alinéa second du code civil : « *Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable.* »

1268 Article 2021 de l'avant-projet de la commission Stoffel-Munck. Sur cet avant-projet, voir *supra*, n° 95.

1269 Article 154 de l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant. Sur cet avant-projet, voir *supra*, n° 95.

irrévocable[1270]. Cette modification du droit positif n'est pas justifiée[1271]. Le mandant doit, en principe, être indemnisé du préjudice subi du fait de la renonciation.

699. Ni les textes, ni la jurisprudence ne précisent les modalités de détermination des dommages-intérêts dus par le mandataire. Rien ne nous paraît faire obstacle à ce que le mandataire à titre gratuit, de même que le mandataire à titre onéreux, soit tenu d'indemniser l'intérêt positif. L'inexécution du concédant fait donc, sous réserve de certaines limites, l'objet de sanction. Le principe est inversé en ce qui concerne l'inexécution du bénéficiaire, et notamment le défaut de réception de la prestation par le bénéficiaire, laquelle n'est pas sanctionnée.

§2. LES SANCTIONS DE L'INEXÉCUTION DU BÉNÉFICIAIRE PARTIE À L'ACCORD

700. Plan. L'inexécution du bénéficiaire sera principalement caractérisée par l'inexécution de ses obligations à l'égard du concédant, désignées sous le terme de charges[1272]. Il apparaît que le concédant peut en demander l'exécution forcée, la résolution et l'indemnisation de son intérêt positif (A.). Demeure l'hypothèse dans laquelle le bénéficiaire refuse l'exécution de la prestation. Il s'agit probablement d'une hypothèse d'école. Toutefois, il est envisageable que le donataire se désintéresse du bien donné s'il génère des contraintes excessives, notamment en raison des frais d'entretien ou des charges qui y sont afférentes. En une telle hypothèse, il nous apparaît que l'intérêt du concédant à l'exécution n'est pas suffisamment fort pour lui permettre de sanctionner l'inexécution du bénéficiaire (B.).

1270 *Contra*., retenant que l'omission de reprendre la règle de l'article 2007 énonçant que le mandataire est responsable pourrait être justifiée par le fait que cette règle n'est qu'un rappel du droit commun de la responsabilité contractuelle : A. DANIS-FATÔME, « Les règles applicables au mandat « classique » - Premiers regards sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *in* Dossier « L'offre de projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l'association Henri Capitant », *RDC* septembre 2020, p. 202.

1271 Voir également en ce sens : D. GANTSCHNIG, « Les contrats de représentation dans l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant », *in L'offre de réforme des contrats spéciaux. Réflexions libres à partir du projet de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, 2021, p. 161.

1272 Voir *supra*, n° 333.

A. Sanction de l'inexécution des charges
B. Sanction du défaut de réception de la prestation principale

A. SANCTION DE L'INEXÉCUTION DES CHARGES

701. Le concédant peut révoquer l'avantage gratuit pour inexécution des charges. En droit des libéralités, la charge est une obligation imposée dans la donation au donataire, dont l'inexécution peut fonder une demande de révocation de la libéralité[1273]. La révocation de la libéralité permet au donateur d'obtenir la restitution du bien donné.

702. Cette règle nous paraît applicable aux contrats de services gratuits avec charge. Le contrat de service gratuit avec charge est celui qui met une obligation à la charge du bénéficiaire. Le contrat demeure gratuit si la valeur de la prestation à laquelle s'engage le bénéficiaire est inférieure à celle de l'avantage procuré par le concédant[1274]. La jurisprudence donne l'exemple du prêt à usage d'un bien immobilier stipulant le paiement des impôts et taxes à la charge de l'emprunteur[1275]. Dans une telle hypothèse, l'inexécution de la charge par le bénéficiaire justifie la résolution demandée par le concédant.

703. Le concédant peut demander l'exécution forcée des charges et obtenir indemnisation de son intérêt positif. Les charges constituent des obligations s'imposant au bénéficiaire et leur inexécution doit être sanctionnée. Le concédant doit pouvoir demander l'exécution forcée des charges grevant l'avantage gratuitement procuré ainsi que des dommages-intérêts indemnisant son intérêt positif.

704. Le droit positif est en ce sens. Au titre des sanctions de l'inexécution des charges, les textes ne prévoient que la révocation de la donation, qu'ils n'assortissent pas de dommages-intérêts[1276]. Il ressort de la jurisprudence que le donateur peut demander l'exécution forcée des

1273 Articles 953 et 954 du code civil. Le donataire peut en demander la révision : articles 900-2 et suivants du code civil. Sur la jurisprudence admettant la validité des clauses résolutoires, malgré l'affirmation de l'article 956 selon laquelle la révocation ne peut avoir lieu de plein droit : I. NAJJAR, « Donation », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2023, n° 676. Sur la question de savoir si l'admission de la résolution unilatérale par notification par l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats doit conduire à admettre de même la révocation de la donation par simple notification même en l'absence de clause résolutoire, voir : *ibid. ;* F. SAUVAGE, « Principales incidences de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve de l'obligation sur le droit des libéralités », *AJ fam.* 2016, p. 475.

1274 Sur les contrats de services gratuits avec charge et le lien entre charges et gratuité, voir *supra*, n[os] 351-353.

1275 *Ibid.*

1276 L'article 954 du code civil ne prévoit que le retour du bien donné dans le patrimoine du donateur.

charges[1277] et recevoir des dommages-intérêts le plaçant dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si la charge avait été exécutée[1278]. Ces solutions sont approuvées par la doctrine majoritaire qui retient que la stipulation d'une charge transforme la donation en contrat synallagmatique. L'inexécution de la charge donne lieu aux mêmes sanctions que l'inexécution de l'obligation tirée d'un contrat synallagmatique[1279] : le donateur peut demander soit l'exécution forcée[1280] et des dommages-intérêts[1281], soit la révocation de la donation et des dommages-intérêts indemnisant un préjudice non compensé par la révocation[1282]. Une autrice précise même que le donataire ne peut renoncer à la donation pour se dispenser de l'exécution de la charge[1283]. Les charges souscrites par le bénéficiaire sont donc pleinement obligatoires et

1277 Voir ainsi, condamnant le bénéficiaire à l' « *exécution par équivalent* » c'est-à-dire à placer le concédant dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si la charge avait été exécutée, au motif que l'exécution en nature était devenue impossible du fait de la mésentente des parties : Civ. 1re, 26 mars 1969, *Bull. civ.* I, nº 129. Voir aussi, refusant l'exécution forcée des charges au motif que le donateur a demandé la révocation de la donation : Civ. 1re, 17 décembre 1980, nº 79-13.420, *Bull. civ.* I, nº 336 ; Civ. 1re, 12 mai 1982, nº 81-12.735, *Bull. civ.* I, nº 174. Voir toutefois : Civ. 1re, 23 janvier 2007, nº 06-16.062, *Bull. civ.* I, nº 41, censurant pour dénaturation une cour d'appel ayant retenu que les termes de la donation ne dérogeaient pas aux dispositions légales en matière d'usufruit et refusé de faire droit à l'action en exécution forcée du donateur demeuré nu-propriétaire contre le donataire usufruitier, alors que les termes clairs et précis de la donation dérogeaient au droit supplétif de l'usufruit et permettaient au donateur d'exiger du donataire la réparation du bien donné. Il n'est pas certain cependant que la Cour de cassation ait été confrontée à la question de savoir si le moyen tiré de la dénaturation était opérant.
À notre connaissance, la Cour de cassation n'a jamais statué dans une affaire dans laquelle étaient demandées la révocation de la donation pour inexécution des charges et l'octroi de dommages-intérêts. Dans l'ensemble des arrêts cités, la donation était exécutée et le donateur n'en demandait pas la révocation, mais uniquement l'exécution forcée des charges.

1278 Civ. 1re, 26 mars 1969, *Bull. civ.* I, nº 129.

1279 Voir ainsi : M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, Librairie du Recueil Sirey, 1945, nos 155-177. Pour le parallèle plus général avec l'ancien article 1184 du code civil, siège de la résolution des contrats synallagmatiques : R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 2e édition, tome 4, avec la collaboration de P. Voirin, Rousseau et cie, 1934, nº 242 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983, nº 512.

1280 J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1257, nº 162 ; I. NAJJAR, « Donation », *loc. cit.* nbp nº 1273, nº 608 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités, op. cit.* nbp nº 1257, nº 360 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1149, nº 591 ; M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, *op. cit.* nbp nº 1279, nos 157-158.

1281 M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp nº 1149, nº 1422 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1149, nº 591 ; M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, *op. cit.* nbp nº 1279, nº 165.

1282 M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp nº 1149, nº 1424 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp nº 1257, nº 163 ; I. NAJJAR, « Donation », *loc. cit.* nbp nº 1273, nos 646, 674 et 742-3. Voir aussi, retenant plus généralement que le donateur peut demander des dommages-intérêts lorsque l'inexécution est fautive et lui a causé un préjudice : M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, *op. cit.* nbp nº 1279, nº 175.

1283 M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, *op. cit.* nbp nº 1279, nº 166. L'autrice cite deux arrêts rendus par des cours d'appel dans les années 1850 relatifs à l'exécution des charges lorsque la chose est perdue, retenant que la perte de la chose étant fautive, le donateur pouvait demander exécution des charges. L'autrice précise que par application de la théorie des risques, le donataire n'est pas exonéré de l'exécution des charges en cas de perte du bien, quelle que soit la cause de cette perte.

le concédant peut solliciter la sanction de leur inexécution. Elles diffèrent en cela de la réception de la prestation principale, que le concédant ne peut imposer au bénéficiaire.

B. SANCTION DU DÉFAUT DE RÉCEPTION DE LA PRESTATION PRINCIPALE

705. Le concédant ne peut ni forcer le bénéficiaire à recevoir l'avantage gratuit, ni obtenir indemnisation de l'intérêt positif[1284]. Le refus du bénéficiaire de recevoir l'exécution est un cas d'école. Dès lors qu'il existe une intention de procurer un avantage à autrui, le concédant peut subir une déception du fait de l'inexécution. Cependant, elle ne caractérise pas un intérêt légitime justifiant d'imposer au bénéficiaire la réception de la prestation ou l'indemnisation de l'intérêt positif.

706. Le concédant peut demander indemnisation de l'intérêt négatif. Le concédant peut avoir subi un préjudice du fait de la conclusion du contrat. Le concédant a pu notamment manquer une occasion du fait de l'acte gratuit : alors qu'il aurait pu accepter une offre d'achat avantageuse, il a préféré faire donation du bien, le donataire s'en étant par la suite désintéressé ; alors que le concédant aurait pu louer le bien sur une période donnée, il a choisi d'en faire bénéficier gratuitement un emprunteur qui n'en a jamais profité. Rien ne fait obstacle à l'indemnisation de ce préjudice. Il faut l'imposer au bénéficiaire lorsqu'il a fait preuve de légèreté en s'engageant solennellement dans un accord dont il n'a pas respecté les termes.

707. Mais le bénéficiaire ne peut interrompre la fourniture de la prestation à contre-temps. L'emprunteur peut restituer le bien et le déposant exiger sa restitution avant le terme prévu par l'accord[1285]. De même, le mandant et l'assisté peuvent demander l'interruption de la prestation avant qu'elle ne soit achevée. La résiliation du contrat qui interrompt la fourniture de la prestation doit respecter un délai de préavis raisonnable, que le contrat soit à durée déterminée ou indéterminée. En particulier, le déposant ou l'emprunteur doivent respecter

1284 La question se rattache à celle, plus large, de savoir si le débiteur peut imposer au créancier l'exécution de l'obligation, et ainsi refuser d'en être libéré. Il n'est pas improbable que le débiteur ait intérêt à exécuter son obligation : l'exécution du transfert d'un bien ou d'une prestation de service peut lui permettre de se faire connaître et ainsi de développer sa clientèle, au contraire, l'annulation d'une commande peut laisser le débiteur avec des biens invendus ou des salariés inoccupés. En faveur de l'exécution forcée, on note que la remise de dette est un contrat et non un acte juridique bilatéral (article 1350 du code civil), et que les articles issus de l'ordonnance de réforme prévoient la mise en demeure du créancier et la consignation de la somme ou le séquestre du bien dus (articles 1345 et 1345-1 nouveaux). Cependant, lorsque l'obligation porte sur autre chose qu'une somme d'argent ou la livraison d'une chose, l'obstruction du créancier a pour conséquence la libération du débiteur : article 1345-2 nouveau.

1285 Article 1944 du code civil. Cet article n'a pas été repris dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux.

un délai raisonnable permettant au dépositaire ou au prêteur de se rendre disponible pour la restitution du bien[1286]. Sous certaines réserves, le contrat à titre gratuit est donc obligatoire entre les parties et son inexécution est sanctionnée. Ce caractère obligatoire apparaît d'autant mieux par comparaison avec les conséquences de l'inexécution d'un accord gratuit dont la qualification de contrat à titre gratuit ne serait pas reconnue.

SECTION II
LES SANCTIONS DE L'INEXÉCUTION DE L'ACCORD GRATUIT DÉPOURVU DE FORCE OBLIGATOIRE

708. Nous soutenons que le contrat à titre gratuit est obligatoire entre les parties et que son inexécution peut être sanctionnée. Cette affirmation ressort encore davantage par comparaison avec les conséquences de l'inexécution de l'accord gratuit dépourvu de force obligatoire. L'accord gratuit ne constitue en effet un contrat qu'à la condition que les fondements de sa force obligatoire soient garantis par une forme, l'implication d'un tiers au rapport de gratuité ou un commencement d'exécution[1287]. L'accord gratuit conclu entre concédant et bénéficiaire et non exécuté ne constitue pas un contrat. Selon nous, son inexécution ne peut être sanctionnée.

709. Pour le démontrer, il nous faut écarter une hypothèse : celle de la possibilité pour le destinataire d'une fausse promesse d'en obtenir l'exécution forcée. Cette hypothèse a été formulée en doctrine[1288] suite à une série d'arrêts rendus par la Cour de cassation au sujet des loteries publicitaires[1289]. Dans ces arrêts, la Cour de cassation a jugé que l'organisateur d'une loterie publicitaire qui émet une fausse promesse de gain sans mettre en évidence le caractère aléatoire de ce gain est tenu de l'exécuter. Bien que la promesse soit dépourvue de force obligatoire faute d'intention de produire des effets de droit, l'émission de la fausse promesse contraint l'organisateur à l'exécuter. Cette solution pourrait fonder une obligation pour tout concédant d'exécuter l'accord gratuit lorsqu'il a émis une promesse ayant formé l'accord en connaissance de la fausse croyance qu'il faisait naître, chez le bénéficiaire, en son exécution. Nous soutiendrons toutefois que la jurisprudence relative aux loteries publicitaires ne peut être

1286 En ce sens, au sujet du déposant : A. TUNC, *Le contrat de garde*, Jouve, 1941, nº 96.
1287 Voir *supra*, Chapitre deuxième.
1288 Voir *infra*, nº 714.
1289 Voir *infra*, nbp nº 1290.

généralisée et fonder la possibilité pour le bénéficiaire de l'accord gratuit non obligatoire d'en obtenir l'exécution. Nous verrons que le seul recours ouvert au bénéficiaire est d'engager la responsabilité extra-contractuelle du concédant fondée sur la faute dans la conclusion ou dans la rétractation de l'accord.

710. Plan. L'accord gratuit ou la promesse de procurer un avantage gratuit ne donne pas naissance à un quasi-contrat (§1.). Néanmoins, le concédant qui a fait preuve de négligence ou de légèreté en émettant une telle promesse ou en la rétractant est susceptible d'engager sa responsabilité (§2.).

§1. L'absence de quasi-contrat
§2. La responsabilité résultant de la faute dans la conclusion ou la rétractation de l'accord

§1. L'ABSENCE DE QUASI-CONTRAT

711. La Cour de cassation a jugé que l'émission d'une promesse non revêtue de la force obligatoire des contrats obligeait son auteur à l'exécuter : il s'agit du quasi-contrat dit de « promesse de gain ». Dans un ensemble d'arrêts, les juridictions ont retenu que des promesses qui ne constituaient pas une offre contractuelle, faute d'intention de leur auteur de s'engager, pouvaient donner naissance à une obligation d'exécuter[1290]. Il s'agit de la jurisprudence relative aux loteries publicitaires. Le terme de loterie publicitaire désigne une pratique commerciale consistant pour son organisateur à faire parvenir à des particuliers des prospectus leur annonçant

1290 Mixte, 6 septembre 2002, n° 98-22.981, *Bull. mixte*, n° 4 ; *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 15 octobre 2002, concl. R. DE GOUTTES et rapp. J.-P. GRIDEL ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, 13e édition, Dalloz, 2015, n° 244, p. 533 ; *D.* 2002. 2531, obs. A. LIENHARD ; *ibid.* 2963, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2003, p. 96, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.* 2003, p. 355, obs. B. BOULOC ; *JCP G 2*002. II. 10173, note S. REIFEGERSTE ; *JCP E* 2002. I. 186, note G. VINEY ; *Defrénois* 2002, p. 1608, note É. SAVAUX ; *LPA* 24 octobre 2002, note D. HOUTCIEFF. *Adde.* Civ. 1re, 18 mars 2003, n° 00-19.934, *Bull. civ.* I, n° 85 ; *D.* 2003. 1009 ; *Defrénois* 2003, p. 1168, obs. R. LIBCHABER ; *RDC* 2003, p. 80, obs. D. FENOUILLET ; Civ. 1re, 13 juin 2006, n° 05-18.469, *Bull. civ.* I, n° 308 ; *D.* 2006. 1772 ; *Contrats, conc., consom.* 2006, comm. n° 222, comm. L. LEVENEUR.
Voir aussi : C. ASFAR, « Vers l'élargissement de la catégorie des quasi-contrats, ou une nouvelle interprétation de l'article 1371 du code civil », *Dr. & patr.* mai 2002, p. 28 ; B. FAGES, « Les loteries publicitaires devant la chambre mixte : et le numéro complémentaire est… le 1371 ! », *RLDA* 2002/54, p. 7 ; P. LE TOURNEAU et A. ZABALZA, « Le réveil des quasi-contrats [à propos des loteries publicitaires] », *Contrats, conc., consom.* 2002, chron. 22 ; P. BRUN, « Loteries publicitaires trompeuses. La foire aux qualifications pour une introuvable sanction », *in Mélanges Jean Calais-Auloy*, 2004, Dalloz, p. 191 ; E. TERRIER, « La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique », *D.* 2004. 1179 ; M.-P. PEIS-HITTIER, « De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contrats », *LPA* 25 janvier 2006, p. 8 ; M. BURGARD, « Les loteries publicitaires : le nouveau visage du quasi-contrat ? », *LPA* 5 novembre 2010, p. 6.

un gain en indiquant que leur nom a été tiré au sort dans une loterie[1291]. Elle a habituellement pour finalité d'inciter les destinataires à verser une somme d'argent ou à effectuer un achat pour bénéficier du gain promis. L'organisateur de la loterie publicitaire informe tardivement le destinataire qu'il n'a pas gagné un lot mais uniquement le droit de participer à un tirage au sort dont seul le gagnant pourrait obtenir le lot. De nombreux destinataires de loterie publicitaire ont saisi les tribunaux afin d'obtenir la condamnation de l'organisateur à délivrer le lot qu'ils estimaient s'être vus promettre.

712. Dans plusieurs affaires, il est apparu que les termes de l'annonce de gain ne manifestaient pas une volonté de l'organisateur de s'engager à délivrer un gain. Les tribunaux ont ainsi écarté la qualification contractuelle. La promesse de gain, qui ne constituait pas un contrat, était dépourvue de la force obligatoire associée à cette qualification.

713. En dépit de l'absence de force obligatoire contractuelle de cette promesse, la Cour de cassation a retenu que l'organisateur pouvait être tenu de l'exécuter. Elle a énoncé que « *l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer*[1292] ». Elle a ainsi consacré ce que la doctrine désigne sous le nom de quasi-contrat de loterie publicitaire ou de promesse de gain. Le seul fait de l'annonce de gain, à l'exception de tout accord de volonté entre les parties constituant un contrat, donne naissance à une obligation de délivrer le gain.

714. Mais cette solution constitue une règle particulière destinée à résoudre la difficulté suscitée par le contentieux des loteries publicitaires et n'a pas vocation à être généralisée. Des auteurs ont considéré que cette jurisprudence pouvait donner naissance à un principe général dépassant le cas particulier des loteries publicitaires. Certains ont suggéré de l'étendre à toutes les hypothèses de « *fausse promesse*[1293] », c'est-à-dire à toute promesse par laquelle l'émetteur d'une promesse, « *sciemment, ne s'engage qu'en apparence* » et le destinataire le « *croit légitimement*[1294] ». D'autres se sont appuyés plus spécifiquement sur l'apparence

1291 Voir aussi l'article L. 121-20 du code de la consommation, qui définit les loteries publicitaires comme : les « *opérations promotionnelles tendant à l'attribution d'un gain ou d'un avantage de toute nature par la voie d'un tirage au sort, quelles qu'en soient les modalités, ou par l'intervention d'un élément aléatoire*. ».

1292 Voir *supra*, nbp n° 1290.

1293 M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2. Responsabilité civile et quasi-contrat*, 4e édition, PUF, 2019, n° 750.

1294 C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, préf. Y. Lequette, Defrénois, 2007, nos 235-255.

d'engagement : celui qui s'engage en apparence peut être tenu de s'exécuter à l'égard de celui qui a cru à cette apparence d'engagement[1295].

715. Mais il apparaît peu probable que cette jurisprudence soit généralisée[1296]. La formule retenue par la Cour de cassation est finement ciselée. Elle avait été adoptée à l'issue d'un long débat doctrinal dans le cadre duquel les auteurs s'accordaient sur l'opportunité de sanctionner les organisateurs des loteries publicitaires et l'absence de technique juridique adaptée pour ce faire. La Cour de cassation a refusé son extension à des situations de fait autres que les loteries publicitaires[1297]. Surtout, la solution n'a pas été consacrée par l'ordonnance de réforme du 10 février 2016[1298]. Cette solution apparaît donc constituer une décision d'espèce et non une application particulière d'un principe général.

716. Et aucun raisonnement par analogie ne permet l'extension de cette jurisprudence au cas particulier de l'accord gratuit. La condamnation de l'organisateur d'une loterie publicitaire à exécuter la promesse de gain est justifiée par des considérations de politique juridique. Elle a pour finalité de sanctionner la pratique des loteries publicitaires lorsque celles-ci sont considérées comme abusives, c'est-à-dire, notamment, lorsque leur organisateur entretient une ambiguïté sur la certitude du droit du destinataire sur un lot. La sanction trouve sa justification dans le caractère systématique de la pratique et dans sa finalité commerciale[1299].

1295 A. DANIS-FATÔME, *Apparence et contrat*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004, n° 252. Voir aussi : A. DANIS-FATÔME, « Quasi-engagement et apparence : proximité ou identité ? (Dialogue entre deux œuvres de jeunesse) », *RDC* 2009, p. 32.

1296 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. 2. Le fait juridique*, 14e édition, Dalloz, 2011, n° 2 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations, op. cit.* nbp n° 1231, n° 1328. Voir, aussi V. PERRUCHOT-TRIBOULET, note sous Civ. 3e, 15 mars 2006, *D*. 2007. 1581.

1297 Civ. 3e, 15 mars 2006, n° 05-10.252, *Bull. civ.* III, n° 69 ; *RTD* civ. 2006, p. 555, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Defrénois* 2006, art. 38433, p. 1229, obs. R. LIBCHABER ; *D*. 2007. 1581, note V. PERRUCHOT-TRIBOULET.

1298 Les auteurs retiennent cependant que les formulations des nouveaux textes sont suffisamment larges pour que la Cour de cassation maintienne cette solution après leur entrée en vigueur. Voir ainsi : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e édition, Dalloz, 2018, n° 704 et F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations, op. cit.* nbp n° 1231, n° 1328 (retenant qu'il est possible d'interpréter la définition générale des quasi contrats consacrée par le nouvel article 1300 du code civil comme incluant les loteries publicitaires) ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 611 (retenant que les loteries publicitaires peuvent relever des « autres sources d'obligations » du sous-titre III du titre III).

1299 Les loteries sont susceptibles d'être qualifiées de pratique commerciale déloyale et ainsi interdites au titre de l'article L. 121-20 du code de la consommation. La sanction civile des loteries publicitaires paraît ainsi doubler celle du droit pénal des affaires (P. LE TOURNEAU et A. ZABALZA, « Le réveil des quasi-contrats [à propos des loteries publicitaires] », *Contrats, conc., consom.* 2002, chron. 22). Pour une présentation de l'intérêt commercial des loteries publicitaires : B. LECOURT, « Les loteries publicitaires. La déception a-t-elle un prix ? », *JCP G* 1999. 1. 155, n° 1. Voir aussi, établissant un lien avec la pratique du jeu, historiquement réprouvée en droit civil : *ibid.* ; P. STOFFEL-MUNCK, note sous Mixte, 6 septembre 2002, *Comm. com. électr.* décembre 2002, comm. 156.

717. La promesse d'un avantage sans contrepartie, lorsqu'elle relève de la gratuité bienfaisante, ne présente pas ces caractéristiques. Elle ne s'inscrit pas dans une stratégie commerciale ni ne revêt de caractère systématique. La condamnation du concédant qui conclut un accord gratuit à l'exécuter, lorsque les fondements de la force obligatoire ne sont pas satisfaits, n'est pas justifiée. La solution applicable aux loteries publicitaires ne doit pas être étendue aux accords gratuits. Cependant, l'équité imposant la sanction des loteries publicitaires révèle que l'émission d'une promesse qui ne produit pas d'effet de droit au titre de la force obligatoire des contrats peut être fautive et engager la responsabilité de son auteur.

§2. LA RESPONSABILITÉ RÉSULTANT DE LA FAUTE DANS LA CONCLUSION OU LA RÉTRACTATION DE L'ACCORD

718. Plan. La faute dans la conclusion ou la rétractation de l'accord (A.) permet à sa victime d'obtenir d'être placée dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si le consentement n'avait pas été émis ou s'il n'avait pas été retiré fautivement (B.).

A. Le fait générateur : la faute dans la conclusion ou la rétractation de l'accord
B. Le préjudice

A. LE FAIT GÉNÉRATEUR : LA FAUTE DANS LA CONCLUSION OU LA RÉTRACTATION DE L'ACCORD

719. La faute dans la conclusion de l'accord peut être caractérisée en cas de connaissance des espoirs nés chez le bénéficiaire et de la probabilité que ces espoirs soient déçus. La liberté de ne pas contracter a pour conséquence que l'exercice de cette liberté, la conclusion d'un accord non obligatoire ou la rétractation de cet accord, ne saurait constituer une faute en elle-même. Seul l'abus de cette liberté doit être sanctionné. Constitue un abus de la liberté de ne pas contracter la conclusion d'un accord non contractuel ultérieurement révoqué en connaissance des espoirs nés chez le bénéficiaire et de la probabilité de l'absence de satisfaction de ces espoirs.

720. Quelques arrêts de cour d'appel ont admis que le concédant pouvait engager sa responsabilité extracontractuelle en cas de conclusion ou de rétractation d'une promesse

gratuite[1300]. Il en ressort que la conclusion de l'accord n'est pas fautive lorsqu'à sa date, le concédant avait effectivement l'intention de s'exécuter[1301]. L'existence d'une croyance légitime suscitée chez le bénéficiaire n'apparaît pas constituer un élément d'appréciation de la faute. Mais la faute a été caractérisée dans une affaire dans laquelle le concédant a « *volontairement entretenu de faux espoirs* » durant vingt-cinq ans, ce qui caractérise une « *attitude malicieuse*[1302] ». En somme, le simple constat de l'existence de l'accord et de son inexécution ne suffit pas à établir la faute délictuelle. L'intention de nuire ne semble pas indispensable. Il apparaît nécessaire d'établir que le concédant avait conscience des espoirs qu'il laissait naître, d'une part, et du fait qu'il allait décevoir ces espoirs en ne s'exécutant pas, d'autre part.

721. Il résulte de la jurisprudence et la doctrine relatives aux loteries publicitaires que l'émission d'une fausse promesse par les organisateurs de loterie publicitaire est fautive du fait de son seul caractère volontaire, indépendamment de toute intention de nuire. En effet, dans le cadre du contentieux des loteries publicitaires, la Cour de cassation a retenu qu'avait commis une faute l'organisateur ayant « *présent*[é] *de façon affirmative un événement hypothétique*[1303] » ou « *cherché à susciter chez ses correspondants l'espoir d'un gain*[1304] ». La doctrine a relevé, en substance, que l'émetteur était fautif parce qu'il avait conscience des attentes qu'il faisait naître chez le bénéficiaire et du fait qu'il allait les décevoir en refusant de délivrer le gain[1305].

1300 Deux arrêts tranchent une demande fondée sur la responsabilité pour faute du concédant. Le troisième statue sur l'annulation pour dol d'un acte conclu en considération de l'accord gratuit, que nous assimilons à la faute délictuelle. Quelques arrêts admettent qu'il y a faute lorsqu'un époux ou un concubin fait naître chez l'autre un faux espoir que la relation se poursuive malgré des conflits. Voir par exemple : CA Nîmes, 5 décembre 2007, n° 06/03903 ; CA Metz, 18 septembre 2012, n° 10/02978.

1301 Deux arrêts écartent la faute en se fondant sur l'intention du concédant d'exécuter la prestation promise lors de la conclusion de l'accord. L'un relève que les parties étaient en « *parfait accord* » lors de l'émission de la promesse (CA Bordeaux, 10 juin 2008, n° 05/06268). L'autre retient que le demandeur n'a pas établi que la concédante a promis « *tout en sachant, à ce moment-là, qu'elle ne tiendrait pas ces engagements un an plus tard* » (CA Pau, 6 mars 2001, n° 98/01508).

1302 CA Aix-en-Provence, 11 janvier 1983, *D.* 1985, jur. 169, note. G. LÉGIER. L'arrêt condamne le concédant à indemniser la « *perte de chance de se voir attribuer gratuitement la maison* », qu'il évalue à la moitié de la valeur de cette dernière.

1303 Civ. 2e, 3 mars 1988, n° 86-17.550, *Bull. civ.* II, n° 57 ; *D.* 1988, somm. p. 405, obs. J.-L. AUBERT ; *JCP G* 1989. II. 21313, obs. G. VIRASSAMY ; *D.* 1990, somm. 105, obs. C. GAVALDA et C. LUCAS DE LEYSSAC.

1304 Civ. 2e, 26 octobre 2000, n° 98-18.246, *Bull. civ.* II, n° 148 ; *Defrénois* 2001, p. 693, obs. É. SAVAUX. Dans la plupart des arrêts, la Cour de cassation a rappelé les éléments relevés par la cour d'appel établissant le caractère trompeur du message. Voir ainsi : Civ. 2e, 7 juin 1990, n° 89-12.916, *Bull. civ.* II, n° 130 ; Civ. 2e, 28 juin 1995, n° 93-17.738, *Bull. civ.* II, n° 130 ; Civ. 2e, 18 décembre 1996, n° 94-20.368, *Bull. civ.* II, n° 307 ; Civ. 2e, 11 février 1998, n° 96-12.075, *Bull. civ.* II, n° 55.

1305 Voir ainsi, retenant que la volonté de tromper n'est pas nécessaire et que « *la simple ambigüité du message suffit* » : É. SAVAUX, obs. précitées nbp précédente. Voir aussi, retenant qu'est engagée la personne qui « *sciemment, ne s'engage qu'en apparence* » alors que le destinataire le « *croit légitimement* » :

722. La faute dans la rétractation de l'accord résulte des modalités et des circonstances de la rétractation. Nul ne peut être contraint d'exécuter un accord non juridiquement obligatoire. Les parties à un accord gratuit dépourvu de force obligatoire peuvent donc refuser de l'exécuter. Néanmoins, cette rétractation peut constituer une faute en cas de légèreté blâmable, laquelle résulte des circonstances de la rupture, et notamment de son caractère tardif, brutal et injustifié. Une cour d'appel a ainsi retenu que l'inexécution d'un accord gratuit n'était pas fautive, car justifiée par la dégradation des relations entre concédant et bénéficiaire, et conclu que le demandeur n'avait pas établi la « *rupture abusive, dépourvue de motif légitime*[1306] ». L'émission ou la rétractation d'un accord gratuit peut donc être fautive. Le préjudice indemnisable tend à replacer la victime dans la situation dans laquelle elle aurait été si le contrat n'avait pas été conclu.

B. LE PRÉJUDICE

723. Celui qui a été victime d'une faute dans la conclusion ou la rétractation de l'accord peut obtenir l'indemnisation du préjudice résultant de cette faute. Le concédant ne peut être contraint d'exécuter la prestation objet d'un accord dépourvu de force obligatoire, ni le bénéficiaire de la recevoir. La victime ne peut obtenir cette exécution forcée.

724. La victime peut obtenir des dommages-intérêts indemnisant le seul préjudice résultant de la faute. Or, la faute ne réside pas dans l'inexécution de l'accord. La victime ne peut se voir octroyer des dommages-intérêts tendant à la placer dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'accord avait été exécuté. L'indemnisation doit replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'accord n'avait pas été conclu ou si sa rupture n'avait pas été brutale, tardive ou injustifiée. Les dommages-intérêts ont pour objet d'indemniser le préjudice résultant de cette faute.

725. La victime d'une faute dans la conclusion de l'accord doit être placée dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'accord n'avait pas été conclu. Lorsque la faute réside dans la conclusion de l'accord en connaissance de son inexécution probable, il convient de replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si la faute n'avait pas été commise, c'est-à-dire si l'accord n'avait pas été conclu. La victime peut obtenir

C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, *op. cit.* nbp n° 1294, n^{os} 235-255. L'auteur estime cependant que ce fait juridique ne relève pas de la responsabilité civile mais du quasi-engagement.

1306 CA Bordeaux, 10 juin 2008, n° 05/06268.

indemnisation des frais engagés sur le fondement de cette promesse ou de la perte de chance de contracter avec un tiers subie du fait de la croyance en son exécution[1307]. En toute hypothèse, la victime ne peut être replacée dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'accord avait été exécuté[1308].

726. La victime d'une faute dans les modalités de la rétractation de l'accord doit être replacée dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si la rétractation n'avait pas été brutale, tardive et injustifiée. La rétractation de l'accord n'est pas en elle-même fautive. Seules ses modalités le sont. La victime doit donc être placée dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si la faute n'avait pas été commise, c'est-à-dire si la rétractation n'avait pas été brutale, tardive et injustifiée. Dans cette hypothèse également, l'indemnisation pourra avoir pour objet les frais exposés entre la date à laquelle la rétractation aurait dû être raisonnablement annoncée et celle à laquelle elle l'a été effectivement, ou de la perte de chance de pouvoir, pendant cette période, prendre des dispositions permettant de compenser ou d'atténuer les conséquences de la rétractation. L'absence de sanction de l'inexécution de l'accord gratuit dépourvu de force obligatoire a permis de mettre en relief, par contraste, la portée de la force obligatoire du contrat à titre gratuit entre les parties. Cette force obligatoire trouve ses limites dans les rapports entre concédant et bénéficiaire lorsque ce dernier n'est pas partie au contrat impliquant un tiers au rapport de gratuité.

727. Conclusion du chapitre troisième. Si la gratuité n'exclut pas toute force obligatoire, elle en limite la portée. Le bénéficiaire peut demander l'exécution forcée des obligations du concédant, ainsi que des dommages-intérêts tendant à le placer dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si la prestation avait été exécutée. Nous sommes ainsi en désaccord avec avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux, qui consacrent la règle selon laquelle les accords de prêt et de dépôt non exécutés ne se résolvent qu'en dommages-intérêts. Certes, la gratuité limite cette possibilité en permettant au concédant de révoquer l'avantage promis,

1307 Voir par exemple : F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp n° 1231, n° 1327.

1308 Voir *contra*, retenant que celui qui a émis une promesse de donation d'une maison doit être condamnée à indemniser la « *perte de chance de se voir attribuer gratuitement la maison* », estimée à la moitié de la valeur du bien : CA Aix-en-Provence, 11 janvier 1983, *D.* 1985, jur. 169, note G. LÉGIER. Le choix de la perte de chance semble s'expliquer par le fait que le bien donné n'était pas la propriété du concédant mais de la société dont il était le gérant. Ainsi, le concédant ne s'était pas engagé à donner le bien mais à accomplir les diligences nécessaires afin que la société procède à la donation. La cour d'appel apparaît avoir retenu que si le concédant avait accompli ces diligences, le bénéficiaire aurait eu une chance d'une probabilité de 50 % de recevoir le bien gratuitement. Elle place donc le bénéficiaire dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le concédant avait exécuté la promesse, elle indemnise l'intérêt positif. La solution est critiquable. Voir également en ce sens : note G. LÉGIER sous CA Aix-en-Provence, 11 janvier 1983, *D.* 1985, jur. 169.

notamment, selon nous, lorsque l'exécution lui cause un préjudice considérable. Mais la comparaison avec les conséquences de l'inexécution de l'accord gratuit non obligatoire met en évidence la portée de cette force obligatoire.

728. Conclusion du titre premier. Le doute sur la qualification contractuelle de l'accord gratuit prend la forme, lorsque le contrat n'a pas été exécuté ou n'a été que partiellement exécuté, d'un doute sur sa force obligatoire. L'accord gratuit apparaît comme n'étant jamais obligatoire, ou « moins » obligatoire que le contrat à titre onéreux. Ces affirmations nous paraissent partiellement refléter le droit positif. Un accord gratuit simple, informel et non exécuté ne peut être qualifié de contrat. Il doit être complété par un élément objectivement constatable pour que sa qualification contractuelle soit retenue : une forme, l'implication d'un tiers au rapport de gratuité, un commencement d'exécution. L'accord gratuit ne constitue donc un contrat qu'à la condition qu'un de ces éléments soit constaté. Lorsque la force obligatoire de l'accord est établie, la gratuité produit encore des effets sur sa portée. Si, comme toute obligation contractuelle, celles du concédant peuvent faire l'objet d'une exécution forcée, celui-ci peut s'en délier en excipant de ce qu'il souffre d'un préjudice considérable. La particularité du contrat, conclu dans l'intérêt exclusif du bénéficiaire, exclut la pertinence d'une exécution forcée contre la volonté du bénéficiaire. Dès lors, l'accord gratuit non exécuté ou partiellement exécuté peut avoir force obligatoire quoique la portée de cette dernière soit limitée. Il constitue un contrat à titre gratuit. Cette qualification se justifie également, selon nous, lorsque la prestation a été exécutée. Le contrat à titre gratuit constitue alors la source et la mesure des effets juridiques afférents à cette prestation.

TITRE SECOND
LA SOURCE CONTRACTUELLE DES EFFETS AFFÉRENTS À LA PRESTATION GRATUITE

729. Nous soutenons que l'accord gratuit informel constitue un contrat. La doctrine majoritaire critique la qualification contractuelle de la convention d'assistance bénévole et la qualification contractuelle des contrats à titre gratuit est, de manière générale, mise en doute[1309]. Selon nous, au contraire, l'accord gratuit exécuté constitue un contrat et que les effets de droit afférents à la prestation sont fondés sur ce contrat.

730. Lorsque le contrat a été exécuté, la qualification contractuelle paraît inutile. La question n'est plus celle de savoir si le bénéficiaire peut forcer l'exécution. La prestation promise a été réalisée. Il s'agit de déterminer si l'exécution de la prestation doit être encadrée par des normes contractuelles et si l'accord entre les parties peut être qualifié de contrat. Or, les éléments essentiels du contrat échange modèle sont l'obligation de réaliser la prestation caractéristique et l'obligation réciproque de fournir une contrepartie. L'accord gratuit dont la prestation essentielle a été exécutée ne contient pas d'obligation de contrepartie. La prestation caractéristique a été exécutée. Les seuls effets pour lesquels il pourrait être utile de rechercher l'existence d'un véritable contrat peuvent apparaître comme étant accessoires voire éventuels. De plus, la prestation ayant été réalisée, ces effets accessoires peuvent apparaître comme prenant leur source dans le fait juridique que constitue la prestation. Ils pourraient ainsi être fondés sur des règles extra-contractuelles, faisant produire des effets à de simples faits juridiques. Enfin, le caractère informel des relations des parties permet de douter qu'elles ont souhaité des effets contractuels autres que la simple exécution de la prestation promise. Il pourrait apparaître peu conforme à la réalité de la situation des parties de retenir qu'elles ont voulu l'ensemble des effets attachés au contrat à titre gratuit. L'accord gratuit ne constituerait donc pas un contrat produisant des effets de droit.

731. Il pourrait être soutenu que la qualification contractuelle de l'accord gratuit et de ses effets est justifiée par sa seule opportunité. En effet, certains auteurs relèvent que l'opportunité d'insérer un accord dans l'ordre juridique suffit ou tout du moins contribue à

1309 Voir *supra*, nº 32.

justifier la qualification contractuelle[1310]. Ainsi, le juge qualifierait un accord de contrat lorsque cette qualification lui paraît opportune. Par exemple, dans le cas particulier de l'assistance bénévole, la responsabilité contractuelle serait plus souple, plus facilement adaptable aux objectifs poursuivis par le juge que la responsabilité extra-contractuelle. Son adoption faciliterait l'application d'un régime de faveur pour le concédant[1311].

732. Il nous paraît possible d'aller plus loin et de démontrer la pertinence théorique du modèle du contrat pour appréhender l'accord gratuit.

733. Nous soutiendrons en effet que l'accord gratuit correspond à un contrat dès lors que celui-ci est défini comme l'accord sur une opération socio-économique. L'essentiel de l'accord contractuel porte sur l'opération socio-économique, et que les parties se désintéressent fréquemment des effets juridiques. Or, les parties à l'accord gratuit ont souhaité que le concédant procure un avantage au bénéficiaire. Elles ont souhaité que cet avantage soit définitif. Ces constats suffisent pour établir la qualification contractuelle.

734. Plus avant, l'existence du contrat nous paraît déterminer les effets afférents à la prestation. Le droit ne peut ignorer l'existence de la prestation exécutée. Cette prestation donne lieu à des effets de droit. Par exemple, si le concédant subit un dommage à l'occasion de l'exécution, il doit être indemnisé. Certes, si la qualification contractuelle de l'accord gratuit est écartée, il est possible de soutenir que ces effets doivent trouver leur source dans d'autres sources. C'est la démarche à laquelle procèdent les auteurs qui critiquent la convention d'assistance bénévole, en retenant que l'obligation d'indemnisation pourrait résulter du quasi-contrat ou de la responsabilité civile délictuelle. Cependant, nous soutiendrons que l'existence d'un accord est déterminant pour la naissance de ces effets de droit. En d'autres termes, c'est parce que les parties se sont accordées sur la prestation que les effets sont tels qu'ils sont. La recherche de règles extra-contractuelles susceptibles de constituer un fondement pour les obligations afférentes à la prestation ne nous paraît que peu convaincante. Elle conduit à la dénaturation de ces règles, notamment de la responsabilité extra-contractuelle et des quasi-contrats : la détermination des effets afférents à la prestation requiert la prise en compte de l'accord des parties, ce à quoi ces règles sont en principe étrangères.

1310 Voir *supra*, nbp n° 550.

1311 J. HUET, R*esponsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. Essai de délimitation des deux ordres de responsabilité*, th. Paris II, 1978, n[os] 138-147. Voir aussi : C. ROY-LOUSTAUNAU, *Du dommage éprouvé en prêtant assistance bénévole à autrui : Méthodologie de la réparation*, préf. P. Bonassies, PUAM, 1980, p. 209.

735. Il convient d'emblée d'exclure le cas particulier de l'acte de dévouement. La Cour de cassation a fait application de la notion de convention d'assistance bénévole non seulement à des « coups de main », mais également à des actes de dévouement[1312]. De nombreux auteurs excluent de l'analyse de la convention d'assistance bénévole l'acte de dévouement[1313], l'acte de sauvetage[1314], exigé par l'urgence[1315] ou le danger[1316]. L'acte de dévouement nous paraît ressortir de l'urgence de l'intervention du sauveteur et du risque d'atteinte à la vie ou à l'intégrité d'une personne. Dans une telle situation, il importe peu que l'acte accompli par le sauveteur procède d'un accord entre lui et le sauvé. Un tel accord, à supposer même qu'il puisse être qualifié de contrat, serait vicié par la violence. Les effets afférents à la prestation sont donc nécessairement extra-contractuels. La qualification contractuelle de l'accord est indifférente. Néanmoins, le constat de l'existence d'actes de dévouement n'exclut pas l'existence d'un contrat entre les parties à l'accord portant sur l'assistance bénévole en dehors de toute situation de dévouement.

736. Plan. L'accord sur la réalisation d'une opération socio-économique constitue un contrat produisant les effets nécessaires pour la concrétisation juridique de cette opération ainsi que les effets accessoires qui y sont rattachés (chapitre premier). L'accord sur l'opération socio-économique que constitue la fourniture d'une prestation gratuite fonde l'absence d'indemnisation ou de contrepartie à la prestation fournie par le concédant (chapitre deuxième) ainsi que les effets afférents à la prestation (chapitre troisième).

Chapitre premier - Gratuité et source contractuelle des effets juridiques afférents à la prestation gratuite
Chapitre deuxième - Le contrat à titre gratuit, source de l'absence de rémunération ou d'indemnisation de la prestation
Chapitre troisième - Le contrat à titre gratuit, source des effets afférents à la prestation

1312 Voir ainsi, relatifs à des victimes inconscientes : Civ. 1re, 1er décembre 1969, *Bull. civ.* I, n° 375 ; *D.* 1970. 422, note M. PUECH ; *JCP* 1970. II. 16445, note J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1971, p. 164, obs G. DURRY ; Civ. 2e, 12 septembre 2013, n° 12-23.530, inédit ; *Resp. civ. et assur*. 2013, comm. 330, note S. HOCQUET-BERG ; *RDC* 2014, p. 16, note T. GENICON.

1313 R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile. Tome 1. Les sources de la responsabilité civile*, 2e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951, n° 129 ; M. RIOU, « L'acte de dévouement », *RTD civ.* 1957, p. 221.

1314 J. HUET, R*esponsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, op. cit.* nbp n° 1311, n° 136.

1315 P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968, nos 105-123.

1316 X. LAGARDE, obs. sous CA Paris, 25 janvier 1995, *D.* 1997 somm. 191 ; S. PELLET, note sous Civ. 1re, 5 janvier 2022, n° 20-20.331, *Bull. civ.* I, p. 293, *RDC* septembre 2022, p. 10, n° 2.

CHAPITRE PREMIER
GRATUITÉ ET SOURCE CONTRACTUELLE DES EFFETS JURIDIQUES AFFÉRENTS À LA PRESTATION GRATUITE

737. Plan. L'accord sur l'opération socio-économique constitue un contrat fondant les effets essentiels à la concrétisation juridique de l'opération (§1.). Peuvent lui être rattachés les effets que la loi présume dans les contrats (§2.).

§1. L'accord sur la prestation, fondement des effets essentiels à la réalisation juridique de celle-ci
§2. L'accord sur la prestation, fondement des effets accessoires à la réalisation juridique de celle-ci

§1. L'ACCORD SUR LA PRESTATION, FONDEMENT DES EFFETS ESSENTIELS À LA RÉALISATION JURIDIQUE DE CELLE-CI

738. Dans la plupart des accords informels, l'intention spécifique de produire des effets de droit est exclue. Le critère de l'intention de produire des effets de droit, qui exige une volonté spécifiquement juridique, ne saurait être celui du contrat. Dans de nombreuses situations, notamment informelles, les parties n'ont pas d'intention précise de produire des effets juridiques[1317]. C'est notamment le cas lorsque les contractants n'ont pas de maîtrise de la matière juridique, ce qui est le cas de la majorité des cocontractants[1318]. Dans les relations informelles, les parties n'envisagent pas les conséquences juridiques de leurs relations.

739. Mais les parties s'accordent en vue de la réalisation d'une opération socio-économique. L'indifférence à l'égard du droit n'implique pas une absence d'intention de s'engager. Les parties à l'accord gratuit ont manifesté l'intention que l'une procure à l'autre un avantage. Elles se sont définitivement accordées sur la fourniture de la prestation. Elles ont voulu la réalisation de la prestation et l'absence de contrepartie. Elles ont un « *but de fait*[1319] », un « *objectif socio-économique*[1320] ». Le concédant et le bénéficiaire peuvent ignorer les enjeux juridiques de ce but de fait. Toutefois, ainsi que le relevait Demogue, si celui qui acquiert un

1317 S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, préf. T. Clay, Institut Universitaire Varenne, 2014, n^os^ 264-272. L'auteur soutient ainsi que retenir le critère de l'intention de placer son accord sous le sceau du droit aboutirait à écarter les conventions « *ingénues* » (*ibid.*, n^o^ 264), qu'à « *à l'échelle de la pratique générale des contrats, cette intention d'être juridiquement protégé n'est qu'accidentelle* » (*ibid.*, n^o^ 267).

1318 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général. Tome 1. Sources des Obligations*, Librairie Arthur Rousseau, 1923, n^o^ 13.

1319 *Ibid*.

1320 S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, *op. cit.* nbp n^o^ 1317, n^os^ 264-272.

objet ou une maison était interrogé, il indiquerait qu'il « *veu*[t] *avoir ces choses en pleine sécurité, c'est-à-dire avoir un droit, mais de* [lui]*-même* [il] *n'y pense pas*[1321] ». Ils peuvent se désintéresser de ces enjeux juridiques, mais vouloir « *un engagement véritable*[1322] », régi par « *d'autres systèmes normatifs, qui font de la prestation l'objet d'un devoir – social ou personnel – de conduite*[1323] ».

740. L'accord sur l'opération socio-économique produit les effets juridiques nécessaires pour concrétiser juridiquement cette opération. En matière de contrat à titre onéreux, l'accord sur l'opération socio-économique suffit à caractériser le contrat. Il n'est jamais douté de l'intention de produire des effets de droit des parties qui s'accordent sur la fourniture d'une prestation en l'échange d'une contrepartie lorsque cette prestation est effectivement réalisée, peu important le contexte informel. En d'autres termes, la qualification contractuelle de l'accord onéreux exécuté n'est jamais mise en doute[1324]. L'accord sur la prestation et sa contrepartie, conjugué à l'exécution de la prestation, suffit à caractériser le contrat.

741. La même solution doit être retenue en matière de contrat à titre gratuit. L'accord des parties sur la fourniture par le concédant d'un avantage définitif au bénéficiaire constitue un accord sur une opération socio-économique sur la réalisation de laquelle les parties s'engagent. Peu importe que les parties n'aient pas envisagé que leur accord puisse produire des effets de droit[1325]. En d'autres termes, la volonté seule peut emporter la qualification de contrat, peu important que cette volonté soit juridique[1326].

742. L'exécution de la prestation permet d'établir l'intention de réaliser l'opération socio-économique. Nous avons énoncé jusqu'ici que la gratuité fait douter de l'intention de produire des effets de droit[1327]. Plus précisément, elle fait douter du sérieux de l'intention de réaliser l'opération socio-économique. Toutefois, l'exécution de la prestation permet de garantir l'existence de cette intention. En procédant à la prestation de service et en recevant

1321 R. DEMOGUE, *Sources des Obligations*, *op. cit.* nbp n° 1318, n° 13.
1322 M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, Librairie du Recueil Sirey, 1941, p. 97.
1323 S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, *op. cit.* nbp n° 1317, n° 267.
1324 R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile. Tome 1. Les sources de la responsabilité civile*, *op. cit.* nbp n° 1313, n° 123 ; J. CHAMPEAUX, *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, J. Buguet-Comptour, 1931, p. 200 ; J. HUET, R*esponsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, *op. cit.* nbp n° 1311, n° 168.
1325 Voir les références citées nbp n°s 1319-1323.
1326 B. MORON-PUECH, *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, préf. D. Fenouillet, postface J. Combacau, LGDJ, 2020, n° 177. La volonté de créer des effets de droit constitue un indice parmi ceux du faisceau d'indices permettant l'opération de qualification de contrat : *ibid*., n° 308.
1327 Voir *supra*, n°s 554-556.

cette prestation, les parties ont manifesté l'intention de réaliser l'opération. Peu importe que l'accord soit gratuit dès lors qu'il a été exécuté[1328].

§2. L'ACCORD SUR LA PRESTATION, FONDEMENT DES EFFETS ACCESSOIRES À LA RÉALISATION JURIDIQUE DE CELLE-CI

743. Dans la plupart des accords, les parties n'envisagent pas l'ensemble des conséquences susceptibles de résulter de l'exécution de la prestation. La plupart des contrats ne font pas l'objet, par les parties, d'une réflexion avancée sur l'ensemble des conséquences juridiques ou des événements susceptibles de survenir. C'est le cas, notamment, des contrats informels ou conclus par des non-professionnels. Les parties à un contrat d'entreprise n'envisagent pas nécessairement la charge du risque de dommage survenu à l'entrepreneur durant l'exécution de la prestation. De même, lorsque les parties s'accordent sur la fourniture d'une assistance bénévole, elles n'envisagent pas l'éventualité de la survenance du dommage. Les parties peuvent conclure une vente sans s'accorder sur les conséquences d'un défaut de la chose vendue. De même, les parties à la donation peuvent ne pas avoir conscience du risque de défaut de la chose transmise.

744. C'est la raison pour laquelle le code civil complète l'accord des parties. Le code prévoit que les contrats obligent à ce qui y est exprimé, mais également à toutes les suites que leur donne la loi[1329]. La loi présume des effets dans l'ensemble des contrats. Ces effets n'ont pas été voulus par les parties[1330]. Il s'agit d'une « *obligation complétive* » qui « *vise seulement à mettre en conformité, par voie d'ajout, le contenu d'un accord de volontés donné avec les exigences juridiques qui en commandent l'effectivité*[1331] ». Autrement dit, cette disposition « *édicte l'existence de* suites *prolongeant les stipulations des parties, qui se comprennent comme les implications rationnelles de la* nature *de l'obligation* ». Ces suites « *constituent le corrélat de l'obligation stipulée* » et « *ne sont pas extérieures à l'opération envisagée par les parties*[1332] ». La qualification contractuelle de l'obligation n'est pas mise en doute. Celle-ci est décrite

1328 Voir *contra* : J. HUET, R*esponsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, *op. cit.* nbp n° 1311, n° 166.

1329 Article 1194 du code civil.

1330 P. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. Chabas, Dalloz, 2005, n° 217 ; C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, préf. D. Ferrier, av.-prop. C. Atias et R. Cabrillac, LGDJ, 2006, Partie I, Titre I, Chapitre II ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, 13e édition, Dalloz, 2022, n° 613.

1331 P. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, *op. cit.* nbp n° 1330, n° 234.

1332 C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil*, *op. cit.* nbp n° 1330, n° 238 et plus généralement Partie I, Titre II, Chapitre II.

comme étant découverte dans le contrat[1333], ajoutée au contrat[1334] ou encore rattachée à celui-ci[1335]. La qualification contractuelle des accords auxquels ils sont rattachés n'en est pas pour autant mise en doute lorsque ceux-ci sont conclus à titre onéreux. La situation particulière de l'obligation de sécurité est frappante : le rattachement d'une obligation de sécurité au contrat de transport onéreux ne fait pas douter de la nature contractuelle de celui-ci, même quand les parties ne se sont pas accordées sur cette obligation[1336].

745. De même que le contrat à titre onéreux, le contrat à titre gratuit produit des effets qui ne sont pas contenus dans l'accord des parties mais qui constituent les suites que lui donne la loi. L'accord des parties relativement à la prestation, l'opération socio-économique, produit donc les effets nécessaires pour la concrétisation en droit de cette opération socio-économique ainsi que les effets que la loi lui adjoint. Il peut être qualifié de contrat à titre gratuit.

746. Conclusion du chapitre premier. L'accord des parties sur l'opération socio-économique suffit à constituer un contrat, peu important que les parties ne se soient pas accordées sur l'existence d'effets juridiques. Cet accord constitue la source des effets nécessaires pour la concrétisation juridique de l'opération voulue par les parties et des effets que la loi lui adjoint. Ainsi, le contrat à titre gratuit a pour effet d'exclure la rémunération ou l'indemnisation de la prestation exécutée.

1333 M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, 6e édition, PUF, 2021, no 769.

1334 P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12e édition, LGDJ-Lextenso, 2022, no 454.

1335 P. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, 16e édition, LexisNexis, 2021, no 471.

1336 *Ibid.*, no 472 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp no 1330, no 614 ; M. FABRE-MAGNAN, *Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.* nbp no 1333, no 773 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.* nbp no 1334, no 455.

CHAPITRE DEUXIÈME
LE CONTRAT À TITRE GRATUIT, SOURCE DE L'ABSENCE DE RÉMUNÉRATION OU D'INDEMNISATION DE LA PRESTATION

747. Nous soutenons que l'accord sur une prestation gratuite, en ce compris l'accord sur une assistance bénévole ou un transport bénévole, constitue un contrat. Selon nous, l'accord sur la gratuité produit des effets de droit et que ceux-ci ont été voulus par les parties. Or, l'effet principal du contrat à titre gratuit est l'absence de rémunération ou d'indemnisation de la prestation exécutée. Notre raisonnement est le suivant : en principe, l'exécution d'une prestation voulue par les deux parties doit donner lieu à une rémunération ou à une indemnisation. Ce n'est que lorsque les parties se sont accordées sur la gratuité de la prestation que la rémunération ou l'indemnisation est exclue.

748. Ces développements s'inscrivent, notamment, dans le cadre des décisions jurisprudentielles relatives à l'indemnisation des services intrafamiliaux. Les relations d'affection sont le siège de multiples prestations réciproques dont les parties ne s'accordent pas sur l'existence ou l'absence d'une contrepartie. La réciprocité des prestations et la permanence de la relation d'affection exclut habituellement la volonté de solliciter une indemnisation. Le droit est appelé à trancher la question de l'indemnisation lorsque la relation d'affection est rompue et que l'une des parties estime avoir procuré des prestations substantielles à l'autre sans avoir reçu d'avantage équivalent. Deux situations répondent à ces caractéristiques[1337]. D'une

1337 M. MONTEILLET-GEFFROY, *Les conditions de l'enrichissement sans cause dans les relations de famille*, préf. F. Monéger, La Mouette, 2001 ; V. ZALEWSKI-SICARD, *Familles, devoirs et gratuité*, L'Harmattan, 2004, n° 3 ; J. HOUSSIER, *Les dettes familiales*, préf. A.-M. Leroyer, IRJS éditions, 2017 ; L.-H. CHOQUET et I. SAYN (dir.), *Obligation alimentaire et solidarités familiales. Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, LGDJ, 2000 ; M. BORYSEWICZ, « Travail et enrichissement sans cause dans les relations de famille », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Pierre Béguet*, Université de Toulon et du Var 1985, p. 41 ; A. GOUTTENOIRE, « Collaboration familiale et enrichissement sans cause », *Dr. famille* 1999, chron. n° 19 ; M. TCHENDJOU, « La patrimonialisation des actes d'entraide familiale », *Gaz. Pal.* 15 janvier 2002, p. 3 ; R. LE GUIDEC, « Regards croisés sur les fonctions économiques de la famille », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Dalloz, 2012, p. 299 ; N. LE RUDULIER, « La modernité de l'enrichissement sans cause en droit de la famille », *in Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 147. Voir aussi : D. DEBORDEAUX et P. STROBEL (dir.), *Les Solidarités familiales en questions. Entraide et transmission*, LGDJ, 2002 ; F. LE BORGNE-UGUEN et M. REBOURG (dir.), *L'entraide familiale : régulations juridiques et sociales*, PUR, 2012. Et en droit social : F. MAISONNASSE, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préf. P. Murat, LGDJ, 2016, n^{os} 84-128.
Sur la relation de concubinage en particulier : O. VERGARA, *L'organisation patrimoniale en couple*, préf.

part, l'indemnisation est demandée lors de la liquidation des intérêts patrimoniaux des concubins. À la séparation des concubins, l'un peut saisir le juge d'une demande d'indemnisation des prestations qu'il a fournies à l'autre. D'autre part, les juges sont amenés à trancher la question de l'indemnisation des prestations procurées par un enfant à son parent dans le cadre de la liquidation de la succession de ce dernier. Il s'agit habituellement de la situation dans laquelle un enfant a apporté une assistance substantielle à son parent âgé dépendant dans les derniers mois ou années de sa vie. À son décès, l'enfant demande à ce que son aide fasse l'objet d'une indemnisation. Une telle action présente un intérêt lorsque l'enfant partage la succession avec d'autres, habituellement des frères et sœurs. L'indemnisation permet à l'assistant de recevoir davantage que ses cohéritiers lors de la liquidation.

749. Nos arguments supposent deux développements principaux. D'une part, il s'agit de démontrer que toute prestation, quelle que soit sa nature, et y compris la prestation domestique, doit être indemnisée. En d'autres termes, « *A chacun le sien, toute peine mérite salaire - voilà où est la justice*.[1338] » Nous soutiendrons notamment qu'un quasi-contrat, l'enrichissement injustifié, permet une telle indemnisation. D'autre part, la nécessité du caractère contractuel de l'accord gratuit se heurte à la règle, initialement jurisprudentielle, puis consacrée par l'ordonnance de réforme du droit des contrats du 10 février 2016, selon laquelle la simple intention libérale suffit pour exclure l'enrichissement injustifié et donc l'indemnisation. Selon nous, l'intention libérale n'est pas l'accord sur l'absence de contrepartie, mais uniquement le motif subjectif du concédant qui explique cet accord. Plus précisément, elle n'existe qu'en

B. Vareille, Defrénois, 2017 ; M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. Leroyer, IRJS éditions, 2017, n° 348 ; L. PIZARRO, *Le traitement juridique de la rupture du couple. Réflexion sur l'émergence d'un droit commun de la rupture du couple*, préf. I. Barrière-Brousse, Defrénois, 2017, n° 399 ; F. CHÉNEDÉ, « Pour un affinement de la théorie des quasi-contrats au service de la liquidation patrimoniale du concubinage », *D.* 2010. 718 ; A. BÉNABENT, « Pour une prestation compensatoire hors mariage : la piste du quasi-contrat ? », *in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 15.
Sur la relation filiale en particulier : *Les solidarités entre générations*, *in Dr. famille* 2011, dossiers 10 à 16 ; H. FULCHIRON (dir.), *Les solidarités entre générations*, Bruylant, 2013 ; R. SAVATIER, « Peut-on récupérer sur ses frères et sœurs les soins et impenses faits pour ses parents ? », *Defrénois* 1963, art. 28419 p. 549 ; F. SAUVAGE, « La créance d'assistance », *RJPF* juillet-août 1999, p. 6 ; J. HAUSER, « L'établissement et l'entretien des enfants majeurs : une famille à titre onéreux », *Defrénois* 1999, art. 37965, p. 1217 ; D. GRILLET-PONTON, « Réflexions autour du thème de la solidarité entre les générations », *Dr. famille* 1999, chron. 16, p. 5 ; D. EVERAERT-DUMONT, « L'assistance aux parents âgés : quand le dévouement devient source d'indemnisation ou de rémunération », *LPA* 19 novembre 2003, p. 8 ; P. MURAT, « L'entraide entre générations et les comptes en famille », *JCP N* 2013, p. 1112. Voir aussi : C. ATTIAS-DONFUT (dir.), *Les solidarités entre générations, vieillesse, familles, État*, Nathan, 1995 ; F. WEBER, S. GOJARD et A. GRAMAIN (dir.), *Charges de famille. Dépendance et parenté dans la France contemporaine*, La Découverte, 2003, p. 38 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Les enjeux de la transmission entre générations, du don pesant au dû vindicatif*, Septentrion, 2005.

1338 J. CARBONNIER, préface à la thèse de B. DEMAIN, *La liquidation des biens des concubins*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968, p. XII cité par F. CHÉNEDÉ, « Pour un affinement de la théorie des quasi-contrats au service de la liquidation patrimoniale du concubinage », *D.* 2010. 718.

présence d'un accord sur l'absence de contrepartie. En conséquence, selon nous, retenir l'intention libérale suppose d'avoir constaté l'existence d'un contrat à titre gratuit.

750. Plan. Le service rendu est, à défaut d'accord sur l'absence de contrepartie, susceptible de rémunération ou d'indemnisation (Section I). La caractérisation de l'intention libérale susceptible de faire obstacle à cette rémunération ou indemnisation suppose celle d'un contrat à titre gratuit (Section II).

Section I
La rémunération ou l'indemnisation en dehors de toute allégation de gratuité
Section II
Rémunération ou indemnisation, intention libérale et relation d'affection

SECTION I
LA RÉMUNÉRATION OU L'INDEMNISATION EN DEHORS DE TOUTE ALLÉGATION DE GRATUITÉ

751. Plan. Le principe général selon lequel toute peine mérite salaire implique que toute prestation fournie doit, sauf accord contraire des parties relatif à l'absence de contrepartie, faire l'objet d'une indemnisation ou d'une rémunération (§1.). Ce principe est général et s'étend à tous les types de services (§2.).

§1. Le principe de la rémunération ou l'indemnisation
§2. Le domaine de l'indemnisation

§1. LE PRINCIPE DE LA RÉMUNÉRATION OU L'INDEMNISATION

752. Plan. La jurisprudence présume l'existence d'un accord sur une rémunération lorsque le service est fourni par un professionnel (A.). Lorsque le service est fourni par un non-professionnel, il doit pouvoir être indemnisé sur le fondement de l'action en enrichissement injustifié [1339] (B.).

1339 F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp n° 1330, n^os^ 1303 s.

A. La présomption d'un accord sur l'existence d'une contrepartie
B. La portée de l'absence d'accord sur l'existence ou l'absence de contrepartie : l'indemnisation par l'enrichissement injustifié

A. LA PRÉSOMPTION D'UN ACCORD SUR L'EXISTENCE D'UNE CONTREPARTIE

753. Lorsqu'une personne fournit à une autre un service personnel dans le cadre de son activité professionnelle, la jurisprudence reconnaît l'existence d'un contrat et présume l'existence d'une obligation de rémunération. La Cour de cassation retient avec constance que divers services sont présumés faire l'objet d'une rémunération lorsqu'ils sont procurés par une personne dans le cadre de sa profession habituelle. En d'autres termes, une obligation de rémunérer le prestataire de services est présumée lorsque ce dernier agit en qualité de professionnel. La solution est nette en matière de mandat : « *gratuit par nature, le mandat est présumé salarié lorsqu'il est exercé par une personne dans le cadre de sa profession habituelle*[1340] ». Il a aussi été jugé que le contrat d'entreprise était présumé conclu à titre onéreux[1341]. Enfin, la Cour de cassation a adopté une formulation générale dans une série d'arrêts relatifs à des architectes ayant consenti à réaliser des études ou travaux sans qu'il ait été convenu d'un prix, retenant qu'« *il appartient à celui qui se prévaut d'un contrat à titre gratuit de démontrer l'intention libérale*[1342] ». Il en résulte que même en l'absence d'accord sur l'existence ou l'absence d'une rémunération, l'accord sur la réalisation d'une prestation est qualifié de contrat et le juge y présume une obligation de rémunération dont il détermine le montant. L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck propose de consacrer cette règle[1343]. Par principe et sauf convention contraire, la peine

1340 Com., 16 juin 1998, n° 96-10.718, *Bull. civ.* IV, n° 211. Voir aussi : Com., 22 janvier 1991, n° 89-12.398, *Bull. civ.* IV, n° 33. Voir toutefois, approuvant la décision attaquée d'avoir écarté cette présomption « *en raison du contexte familial dans lequel l'assistance avait été apportée* », en l'espèce, la défense des intérêts de son époux par une avocate : Civ. 2e, 5 novembre 2020, n° 19-20.314, *Bull. civ.*, p. 128 ; *RLDC* décembre 2021, p. 10, note C. ROSSETTO.

1341 Civ. 3e, 17 décembre 1997, n° 94-20.709, *Bull. civ.* III, n° 226 : « *Vu l'article 1710 du code civil ; Attendu que le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ;* […] *le contrat d'entreprise n'est soumis à aucune forme particulière et est présumé conclu à titre onéreux* ». Voir aussi : Civ. 3e, 17 juillet 1997, n° 95-18.856, inédit ; Civ. 3e, 19 janvier 2022, n° 20-22.059, inédit.

1342 Civ. 3e, 31 mai 1989, n° 88-11.524, *Bull. civ.* III, n° 126 ; *RTD civ.* 1990, p. 69, obs. J. MESTRE ; Com., 11 décembre 2001, n° 99-12.233, inédit ; Civ. 1re, 14 janvier 2003, n° 00-18.539, inédit ; Civ. 2e, 7 décembre 2006, n° 05-10.618, inédit.

1343 Articles 1756 alinéa 2 (entreprise), 1916 alinéa 2 (dépôt), 1991 alinéa 2 (mandat).

à laquelle s'est astreint le professionnel ayant fourni un service, sans qu'une rémunération n'ait été convenue entre les parties, fait l'objet d'un salaire[1344].

754. Dans ce cadre, la jurisprudence présume l'existence d'un accord sur la contrepartie à la prestation fournie. Bien que les volontés des parties ne se soient pas rencontrées sur ce point, il faut présumer qu'elles ont implicitement mais nécessairement voulu que la prestation fournie fasse l'objet d'une contrepartie

755. Cette présomption est justifiée par la nature même de l'activité professionnelle. L'activité professionnelle a pour finalité de procurer des revenus à celui qui l'exerce. Pour la plupart des contractants professionnels, elle est la source principale sinon exclusive des ressources permettant à celui qui l'exerce de subsister. Il en ressort que toute prestation personnellement fournie par un professionnel dans le cadre de ses fonctions, tout exercice de sa force de travail, doit en principe faire l'objet d'une rémunération. Dans un tel cadre, « *la volonté de rémunération est normale et l'intention libérale exceptionnelle*[1345] ». Le professionnel se présente donc comme celui qui accomplit une prestation contre rémunération. En d'autres termes, l'offre de service du professionnel contient une rémunération acceptée par le client qui sollicite ses services.

756. Au sujet du dépôt, la Cour de cassation a énoncé de surcroît que « *le contrat de dépôt d'un véhicule auprès d'un garagiste, accessoire à un contrat d'entreprise, est présumé fait à titre onéreux*[1346] ». Cette solution est écartée par l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de la commission Stoffel-Munck, qui prévoit que « *Si le dépôt est accessoire à un contrat à titre onéreux, sa rémunération doit être expressément convenue*[1347] ». La justification proposée par la commission, qui énonce que « *L'on peut supposer* [que] *la rémunération du*

1344 Si le code de la consommation impose au professionnel d'informer le consommateur sur les prix (article L. 112-1 du code de la consommation), cette obligation n'est assortie d'aucune sanction civile, de sorte que sa violation ne justifie pas l'annulation du contrat (Civ. 1re, 15 décembre 1998, no 96-19.898, *Bull. civ.* I, no 366).

1345 E. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, 2e édition, PUF, 2022, no 215 ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 10e édition, Dalloz, 2015, no 597. Ce dernier auteur relève que la présomption est renforcée par le caractère historiquement gratuit du mandat qui explique la réticence des parties à s'accorder sur la rémunération et l'interventionnisme du juge quant à la détermination de celle-ci. Cette considération peut être étendue aux architectes en raison du caractère libéral de leur activité (voir cependant, critique : J. MESTRE, note sous Civ. 3e, 31 mai 1989, *loc. cit.* nbp no 1342). La difficulté de l'appliquer aux commerçants explique peut-être les hésitations autour des arrêts relatifs aux garagistes.

1346 Civ. 1re, 5 avril 2005, no 02-16.926, *Bull. civ.* I, no 328 ; Civ. 1re, 6 décembre 2017, no 16-20.681, inédit. Voir aussi : Civ. 1re, 8 octobre 2009, no 08-20.048, *Bull. civ.* I, no 204. Relevons toutefois que cette proposition est susceptible de plusieurs interprétations : la présomption pourrait reposer sur le fait que le garagiste est un professionnel aussi bien que sur le fait que le dépôt est accessoire à un contrat d'entreprise. La Cour de cassation a jugé dans au moins un arrêt que l'existence d'un contrat d'entreprise était une condition d'application de cette règle : Civ. 1re, 26 novembre 2014, no 13-26.760, inédit.

1347 Article 1916 alinéa 3 de l'avant-projet.

dépôt est incluse dans la rémunération du contrat principal » est convaincante dès lors que la prestation était effectivement prévue lors de la conclusion du contrat principal[1348]. La prestation accessoire trouve alors sa contrepartie dans la rémunération stipulée pour la prestation principale. Cette justification trouve sa limite lorsque la prestation n'était pas prévue lors de la conclusion du contrat. Mais elle peut alors faire l'objet d'une analyse différente : soit qu'elle soit envisagée comme donnant lieu à un nouveau contrat, et non comme une prestation accessoire à la prestation principale, présumé onéreux du fait de la qualité de professionnel du prestataire de service, soit qu'il s'agisse d'une prestation non contractuelle, susceptible d'être indemnisée sur le fondement de l'enrichissement injustifié. L'abandon de cette jurisprudence par l'avant-projet de réforme de la commission Stoffel-Munck doit donc être approuvé.

757. Cette règle constitue une illustration d'un principe général selon lequel toute peine mérite salaire. La présomption de rémunération du service fourni par un professionnel, justifiée par cette qualité de professionnel, ne peut être étendue à l'ensemble des contractants. À cet égard, la formulation retenue par la Cour de cassation, selon laquelle « *il appartient à celui qui se prévaut d'un contrat à titre gratuit de démontrer l'intention libérale*[1349] », nous paraît démesurément large dès lors qu'elle est susceptible de s'appliquer à la prestation fournie par un concédant non-professionnel.

758. Elle illustre néanmoins la volonté de la jurisprudence de ne pas laisser une prestation non rémunérée. Cette position est d'autant plus remarquable qu'il est attendu du professionnel qu'il s'assure d'un accord sur l'existence d'une rémunération et s'en préconstitue la preuve, et qu'une telle omission pourrait s'apparenter à une carence fautive. Le principe selon lequel toute peine mérite salaire exige qu'à défaut d'accord sur l'absence de contrepartie, la prestation fournie suite à un accord des parties fasse l'objet d'un transfert retour prenant la forme d'une rémunération ou d'une indemnisation. Si en matière de prestation fournie par un professionnel, le droit positif reconnaît l'existence d'un contrat et présume l'existence d'une rémunération, en dehors de cette situation, il admet l'indemnisation de la prestation sur le fondement de l'enrichissement injustifié.

1348 Avant-projet commenté, p. 129.
1349 Voir *supra*, nº 753.

B. LA PORTÉE DE L'ABSENCE D'ACCORD SUR L'EXISTENCE OU L'ABSENCE DE CONTREPARTIE : L'INDEMNISATION PAR L'ENRICHISSEMENT INJUSTIFIÉ

759. L'action en enrichissement injustifié permet à celui qui a fourni une prestation sollicitée par autrui d'obtenir une indemnisation. L'action en enrichissement injustifié suppose un appauvrissement, un enrichissement et l'absence de justification de ces deux transferts[1350]. La Cour de cassation considère que l'action en enrichissement injustifié permet à celui qui a fourni une prestation à autrui d'obtenir une indemnisation. Elle étend cette règle au service personnel. Peu importe que le service ne cause pas d'augmentation du patrimoine de son bénéficiaire ou de diminution de celui du concédant. La Cour de cassation juge ainsi que le fait de fournir un service à autrui est de nature à caractériser un appauvrissement chez celui qui y procède, constitué par le travail fourni sans rémunération[1351]. De même, ce service procure un enrichissement à celui qui en bénéficie, caractérisé par la dépense évitée[1352]. Cette solution doit être approuvée. À défaut d'accord sur l'existence ou l'absence de contrepartie, toute prestation doit faire l'objet d'une indemnisation.

760. Plan. La fourniture d'un service non rémunéré caractérise un appauvrissement (1.). Lorsqu'elle fait suite à un accord du concédant et du bénéficiaire, elle constitue un enrichissement (2.). En l'absence d'accord sur l'absence ou l'existence d'une contrepartie, cet appauvrissement et cet enrichissement ne sont pas justifiés (3.).

1. La fourniture d'un service non rémunéré, source de l'appauvrissement
2. L'accord sur la fourniture de la prestation, condition de l'enrichissement
3. L'absence d'accord sur l'existence ou l'absence d'une contrepartie, source du caractère injustifié de l'appauvrissement et l'enrichissement

1. La fourniture d'un service non rémunéré, source de l'appauvrissement

761. La fourniture d'un service non rémunéré constitue un appauvrissement. L'appauvrissement s'entend du fait de devenir plus pauvre, et ainsi de voir diminuer ses

1350 F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit*. nbp n° 1330, n°s 1303 s.

1351 Civ. 1re, 15 octobre 1996, n° 94-20.472, *Bull. civ.* I, n° 357 ; *D*. 1997, somm. 177, obs. R. LIBCHABER ; Civ. 1re, 4 juillet 2006, n° 04-10.799, inédit ; Civ. 1re, 10 octobre 2012, n° 11-19.292, inédit. La doctrine unanime est en ce sens : H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 2. 1. Obligations : théorie générale*, 9e édition, par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 699 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. 2. Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, n° 1223 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. 2. Le fait juridique*, 14e édition, Sirey, 2011, n° 40 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2. Responsabilité civile et quasi-contrat*, *op. cit.* nbp n° 113, n° 572 ; P. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, *op. cit.* nbp n° 1335, n° 859 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.* nbp n° 1334, n° 688 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp n° 1330, n° 1304.

1352 *Ibid*.

ressources[1353]. La force de travail de chaque individu est source de valeur[1354]. Elle constitue une ressource limitée. L'exploitation par un individu de sa force de travail doit normalement lui bénéficier. Ce bénéfice peut prendre deux formes : la valeur produite par cette exploitation peut être destinée à l'auto-consommation ou peut être échangée sur le marché contre d'autres biens ou services. Tout service procuré à autrui caractérise donc la perte d'un avantage. Le concédant aurait pu recevoir d'un tiers une rémunération pour le service rendu ou bénéficier lui-même de ce service. L'avantage perdu réside dans le bénéfice pour soi-même de la fourniture du service ou le manque à gagner.

2. L'accord sur la fourniture de la prestation, condition de l'enrichissement

762. La fourniture d'un service ne procure pas nécessairement une augmentation du patrimoine du bénéficiaire. Certains services causent un accroissement du patrimoine du bénéficiaire. C'est notamment le cas du service consistant dans la construction ou l'amélioration d'un bien[1355]. Cependant, certains services ne procurent aucune hausse de patrimoine. La garde d'enfants, la cuisine ou le ménage n'augmentent pas le patrimoine de la personne qui en bénéficie. La qualification de l'avantage procuré d'enrichissement pourrait être mise en doute.

763. Mais le service fourni a une utilité susceptible de caractériser l'enrichissement. L'accord sur la fourniture du service constitue la reconnaissance de cette utilité par le bénéficiaire. Dès lors que le service procuré est susceptible d'être fourni dans le marché, il constitue une prestation dotée d'une valeur marchande. D'un point de vue statique, le service caractérise une économie dans le patrimoine du bénéficiaire. Le bénéficiaire aurait dû verser une rémunération au tiers qu'il aurait sollicité pour accomplir cette prestation et en a fait l'économie. D'un point de vue dynamique, le service constitue une concession temporaire de l'utilité de la force de travail du concédant au bénéficiaire.

764. L'acceptation du service, même tacite, constitue une reconnaissance de la valeur de la prestation. L'accord sur la fourniture du service permet d'établir avec certitude qu'il présentait une valeur aux yeux de celui qui en a bénéficié[1356]. Il laisse supposer que celui qui a reçu le

1353 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11e édition, PUF, 2016, V° Appauvrissement : « *Acte par lequel le débiteur entame sans contrepartie son patrimoine* ».

1354 T. REVET, *La force de travail*, préf. F. Zenati, Litec, 1992, no 4.

1355 Voir ainsi, admettant l'indemnisation de la construction et de la rénovation d'un bien, ou du financement de cette construction ou rénovation : Civ. 1re, 23 janvier 2014, no 12-27.18, inédit ; Civ. 1re, 4 mai 2016, no 15-12.454, inédit ; Civ. 1re, 29 mai 2019, no 18-16.834, inédit.

1356 M. COMBOT, *Quasi-contrat et enrichissement injustifié*, *op. cit.* nbp n° 1351, no 299.

service aurait accompli la prestation lui-même ou aurait fait appel à un tiers rémunéré pour l'obtenir. Le service fourni sur accord du concédant et du bénéficiaire caractérise donc un enrichissement de ce dernier.

3. L'absence d'accord sur l'existence ou l'absence d'une contrepartie, source du caractère injustifié de l'appauvrissement et l'enrichissement

765. L'accord sur l'absence de contrepartie justifie l'appauvrissement et l'enrichissement. Lorsque les parties se sont accordées sur l'absence de contrepartie, l'appauvrissement et l'enrichissement sont justifiés par le contenu de cet accord. Le concédant peut envisager de contester la validité de cet accord, par exemple en soulevant l'inintelligibilité de son engagement[1357]. En d'autres termes, l'appauvrissement et l'enrichissement sont justifiés par l'accord sur l'absence de contrepartie, peu important la régularité de celui-ci au regard du droit des contrats.

766. En l'absence d'accord sur l'existence ou l'absence de contrepartie, l'appauvrissement et l'enrichissement ne sont pas justifiés[1358]. Aucune présomption d'accord sur l'absence de contrepartie ne saurait être édictée. Certes, à première vue, la liberté contractuelle, sous sa forme de la liberté de ne pas contracter, pourrait justifier l'appauvrissement et l'enrichissement. Il était possible pour le concédant et le bénéficiaire de prévoir une contrepartie contractuelle à l'avantage fourni. Les parties, qui ont omis de s'accorder sur l'existence ou l'absence d'une contrepartie, auraient exercé leur liberté de ne pas contracter. En imposant au bénéficiaire d'indemniser le service, le droit se substituerait à la volonté des parties, voire irait à l'encontre de cette volonté. Cette position juridique se rattache à une position politique, libérale, selon laquelle il appartient au concédant de défendre ses propres intérêts et de s'assurer de l'existence d'un accord sur la contrepartie.

767. Nous estimons toutefois que les parties n'exercent leur liberté de ne pas contracter que lorsqu'elles choisissent, en connaissance de cause, de ne pas contracter. Ce n'est pas le cas lorsque les parties se désintéressent purement et simplement de la question de la contrepartie. De surcroît, à supposer qu'elle ait été exercée, la liberté de ne pas contracter ne fait pas obstacle à l'application du quasi-contrat de l'enrichissement de l'indu. Celui-ci ne tend pas à imposer aux parties une rémunération contractuelle qu'elles n'ont pas voulue mais à restaurer

1357 Voir supra, n^{os} 204-208.

1358 Sur l'intention libérale, voir *infra*, Section II. Sur la justification possible consistant dans le fait que l'appauvri a agi à ses risques et périls et dans son intérêt, voir *infra*, n^{o} 863.

« *l'équilibre des prestations* », et appliquer la règle « *aux termes de laquelle toute prestation doit être équilibrée par une prestation correspondante*[1359] ». L'absence d'accord sur l'existence d'une contrepartie ne vaut pas accord sur l'absence de contrepartie. En d'autres termes, l'absence de contrepartie ne peut être imposée à celui qui a fourni une prestation que lorsqu'elle a été voulue. À défaut d'accord sur l'absence de contrepartie, la prestation fournie par le concédant doit faire l'objet d'une indemnisation sur le fondement de l'enrichissement injustifié. Nous allons voir que cet accord sur la prestation et sur l'absence de contrepartie peut être qualifié de contrat à titre gratuit.

§2. LE DOMAINE DE L'INDEMNISATION

768. Plan. Les limites de l'indemnisation (A.) ne doivent pas dissimuler l'étendue de son domaine (B.).

A. Les limites du domaine
B. Quelques catégories entrant dans le domaine

A. LES LIMITES DU DOMAINE

769. Le champ des prestations indemnisables nous paraît analogue à celui du marché. L'appauvrissement et l'enrichissement résident, selon nous, dans la fourniture par le concédant d'une prestation dont il aurait pu bénéficier personnellement ou qu'il aurait pu échanger sur le marché contre d'autres biens ou services. La délimitation de la prestation constituant un appauvrissement et un enrichissement indemnisables s'apparente donc, selon nous, à celle du marché. Il s'inscrit dans le vaste débat relatif aux limites du marché[1360], aussi désigné, aux États-Unis, sous les termes de « *commodification* » (marchandisation) ou de la « *market-inalienability* », ce dernier terme désignant la qualité qu'ont certains biens ou prestations de

1359 A. ROUAST, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », *RTD civ*. 1922, p. 35 s., spéc. n° 31. Voir aussi : F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, n^{os} 340-383 ; F. CHÉNEDÉ, « Charles Toullier, Le quasi-contrat », *RDC* 2011, p. 305.

1360 Sur la question, voir par exemple : M. J. RADIN, Market-inalienability 100 *Harvard L. Rev.* 1849 (1986-1987) ; E. BERTRAND, M.-X. CATTO et A.-D. MORNINGTON (dir.), *Les limites du marché. La marchandisation de la nature et du corps*, Mare & Martin, 2020 ; D. SATZ, *Why some things should not be for sale : the moral limits of markets*, Oxford University press, 2010 ; M. J. SANDEL, *What money can't buy : the moral limits of markets*, Farrar, Straus and Giroux, 2012 ; V. A. ZELIZER, *La signification sociale de l'argent*, Seuil, 2005 ; V. A. ZELIZER, « Transactions intimes », *Genèses* 2001/1, p. 121 ; F. WEBER, « Transactions marchandes, échanges rituels, relations personnelles. Une ethnographie économique après le Grand Partage », *Genèses* 2000/4, p. 85.

pouvoir être transmis à titre gratuit mais non vendus sur le marché[1361]. Ce débat donne lieu à de nombreuses questions relatives à l'admission de la cession sur un marché de produits et d'élément du corps humain, et notamment des organes et des gamètes ou la prostitution. Il dépasse malheureusement le cadre de ce travail.

770. À tout le moins, relevons que le droit positif exclut expressément l'indemnisation de certaines prestations. C'est le cas, en particulier, du prélèvement d'éléments ou produits du corps humain ou de la participation à une recherche biomédicale. Le code civil et le code de la santé publique édictent un principe d'interdiction de la rémunération ou du paiement de celui qui donne des éléments et produits de son corps ou qui participe à une recherche biomédicale[1362]. Le code de la santé publique prévoit toutefois l'indemnisation de certains frais[1363]. Il en ressort que l'indemnisation de telles prestations est encadrée par la loi et ne pourrait se fonder sur l'enrichissement injustifié. De même, l'existence d'une infraction sanctionnant « *le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage*[1364] » nous paraît exclure toute indemnisation d'une prestation de nature sexuelle. L'interdiction civile des conventions de gestation pour autrui[1365] et l'incrimination pénale de la provocation à l'abandon d'enfant[1366] interdisent également l'indemnisation de la gestion pour autrui. Ces limites ne doivent pas effacer le principe de l'indemnisation, lequel est reflété par l'indemnisation de trois catégories de prestations topiques.

B. QUELQUES CATÉGORIES ENTRANT DANS LE DOMAINE

771. Toute prestation fournie suite à un accord des parties doit, sauf accord contraire des parties, faire l'objet d'une indemnisation. Ce principe général doit être applicable à tout type de prestation. Trois catégories de prestations appellent plus particulièrement notre

1361 Voir notamment : M. J. RADIN, Market-inalienability 100 *Harvard L. Rev.* 1849 (1986-1987).
1362 Articles 16-6 du code civil et L. 1121-4 du code de la santé publique et L. 1121-11 du code de la santé publique. Voir aussi *supra*, nº 340.
1363 Articles L. 1121-11 alinéa premier, R. 1211-2 à R. 1211-9, D. 1221-2 et D. 1221-4 du code de la santé publique. Voir aussi *supra*, nº 340.
1364 Article 223-12-1 du code pénal.
1365 Article 16-7 du code civil.
1366 Article 227-12 du code pénal.

attention. En premier lieu, certains auteurs, dans des écrits désormais anciens, ont mis en doute l'indemnisation des prestations domestiques. En deuxième lieu, la jurisprudence exclut l'indemnisation de la prestation consistant dans l'hébergement sans contrepartie. En troisième lieu, il nous paraît nécessaire de nous interroger sur la possible indemnisation du service consenti par le concédant dans le cadre d'une opération impliquant un tiers au rapport de gratuité. Nous défendrons que ces trois types de prestation doivent donner lieu à indemnisation.

772. Plan. Les prestations domestiques (1.), la mise à disposition d'un bien (2.) et les services impliquant un tiers au rapport de gratuité (3.) peuvent être indemnisés sur le fondement de l'enrichissement injustifié.

1. Les prestations domestiques
2. La mise à disposition d'un bien
3. Le service impliquant un tiers au rapport de gratuité

1. Les prestations domestiques

773. Le refus de certains auteurs d'indemniser les prestations domestiques fournies au sein du foyer n'est, selon nous, pas justifié. Plusieurs auteurs, admettant l'indemnisation de certaines prestations sur le fondement de l'enrichissement injustifié, en excluent toutefois certaines. Un auteur distingue, au sujet des services rendus au sein de la famille, « *travail productif et travail non productif*[1367] ». Selon lui, le premier, qui recouvre notamment la collaboration professionnelle et le travail agricole, devrait se voir indemnisé, et non le second, qui vise les prestations domestiques. Savatier a, de même, opposé le paiement des dettes du parent, qui relève du domaine pécuniaire et doit être indemnisé, et la fourniture de services personnels, la provision directe de soins, de nourriture et d'hébergement, relevant du domaine familial, dont il écartait l'indemnisation[1368]. Cette mise à l'écart des prestations domestiques n'est, selon nous, pas justifiée. Dès lors que le service a été accepté par son bénéficiaire, celui-ci a reconnu sa valeur. Il peut être supposé que le bénéficiaire aurait consenti un travail

1367 V. ZALEWSKI-SICARD, « L'aide à un membre de sa famille : indemnisation ou rémunération ? », *in* F. LE BORGNE-UGUEN et M. REBOURG (dir.), *L'entraide familiale : régulations juridiques et sociales*, PUR, 2012, p. 235.

1368 R. SAVATIER, « Peut-on récupérer sur ses frères et sœurs les soins et impenses faits pour ses parents ? » (note sous TGI Avesnes, 24 janvier 1962), *Defrénois* 1963, art. 28419, p. 549 : le paiement des dettes personnelles du défunt, y compris de ses loyers, de sa nourriture et de ses soins, doit être indemnisé « *sauf dans les cas où les circonstances particulières de l'espèce feraient clairement apparaître l'intention libérale de l'enfant. Car celle-ci, dans le domaine pécuniaire, ne se présume pas* ». Au contraire, « *lorsque la fourniture, au lieu d'avoir été acquise par le défunt d'un tiers, lui-même payé par un de ses enfants, a été directement faite en nature par cet enfant, son aspect moral et juridique change. Elle n'apparaît plus comme une opération principalement pécuniaire, mais comme expliquée par les rapports familiaux se rattachant à des valeurs morales plutôt qu'à des valeurs comptables* ».

personnel pour se fournir le service à lui-même ou qu'il aurait exposé une somme d'argent pour l'acquérir sur le marché. Le service devrait donc être indemnisé[1369].

2. La mise à disposition d'un bien

774. La jurisprudence considère que la mise à disposition d'un bien ne peut faire l'objet ni d'une rémunération, ni d'une indemnisation. La Cour de cassation exclut que la mise à disposition d'un bien fasse l'objet d'une indemnisation sur le fondement de l'enrichissement injustifié. Elle juge que celui qui a hébergé quelqu'un sans que ne soit prévue de contrepartie ne peut se prévaloir d'un appauvrissement au sens de l'action en enrichissement injustifié[1370]. La mise à disposition d'un bien est ainsi, selon la Cour de cassation, impropre à caractériser un appauvrissement. Par ailleurs, il est, en droit positif, impossible de présumer l'existence d'une rémunération dans un accord ayant pour objet la mise à disposition d'un bien. En effet, le prix constitue un élément essentiel du bail[1371]. À défaut d'accord sur l'existence d'un prix, le contrat est nul ou doit être disqualifié en contrat de prêt. Il est donc impossible de présumer un prix dans le bail[1372].

775. Cette exclusion est injustifiée. La concession de la jouissance d'un bien ou l'hébergement d'autrui sans contrepartie constitue un service caractérisant un appauvrissement. Le concédant aurait pu profiter lui-même de la jouissance du bien ou la concéder à un tiers contre rémunération. Il a perdu l'avantage que lui aurait procuré cette jouissance ou manqué de gagner la rémunération correspondante. L'hébergement d'un concubin constitue un cas particulier dans lequel il pourrait être soutenu que le concédant n'aurait pas hébergé un tiers contre rémunération de sorte qu'il n'a subi aucun manque à gagner. Mais, à tout le moins, le concédant a consenti un sacrifice en partageant avec autrui une jouissance dont il aurait dû être le bénéficiaire exclusif. Il a subi un appauvrissement. L'enrichissement peut également être caractérisé. Celui qui sollicite ou accepte de bénéficier de la mise à disposition gratuite d'un

1369 Voir aussi, énonçant que la prise en compte, pour le calcul de la prestation compensatoire, des sacrifices professionnels consentis par les époux durant le mariage pour l'accomplissement du travail domestique et parental contribue indirectement à la reconnaissance de la valeur économique de ce travail : A.-M. LEROYER, note sous Civ. 1re, 7 novembre 2018, *RTD civ.* 2019, p. 85.

1370 Civ. 1re, 13 décembre 2012, no 11-17.000, inédit.

1371 Articles 1709 du code civil ; Civ. 3e, 26 janvier 1972, no 71-10.304, *Bull. civ.* III, no 64 ; Civ. 3e, 7 décembre 2004, no 03-18.676, inédit ; Civ. 3e, 9 mars 2010, no 08-70.311, inédit ;

1372 Voir ainsi, relatif à la charge de la preuve, jugeant qu'il appartient à celui qui a mis à disposition un bien de prouver l'existence d'une obligation de verser une contrepartie : Civ. 1re, 15 mars 2005, no 02-17.686, inédit ; *Contrats, conc., consom.* 2005, comm. 148, note L. LEVENEUR. Voir *contra*, retenant qu'une présomption de prix peut être appliquée aux contrats « *conclus par des entreprises commerciales dont l'activité exclusive est la location* » : L. LEVENEUR, note sous Civ. 1re, 15 mars 2005 précitée.

bien reconnaît la valeur de l'avantage reçu. Il peut être présumé qu'à défaut de la prestation, il se serait procuré un bien équivalent en procédant à sa location à titre onéreux. Cet argument est renforcé lorsque la mise à disposition porte sur un bien essentiel, tel qu'un logement. Le bénéficiaire de la mise à disposition est donc enrichi.

776. Le refus d'indemnisation est d'autant plus contestable que l'avantage que constitue l'hébergement d'un proche est pris en compte pour refuser l'indemnisation des services fournis par la personne hébergée. L'hébergement constitue alors la justification de l'appauvrissement et de l'enrichissement. Par exemple, en matière de concubinage, si l'hébergé a fourni un service à son concubin, ce dernier peut lui opposer l'avantage qu'il a tiré de l'hébergement sans contrepartie pour refuser de rémunérer ce service[1373]. Il ressort ainsi de la jurisprudence que l'avantage procuré par l'hébergement ne peut faire l'objet d'une indemnisation mais qu'il peut constituer la justification d'un autre service et faire obstacle à son indemnisation. Ces solutions nous paraissent incohérentes. Selon nous, il faut donc admettre que la concession de la jouissance d'un bien donne lieu à indemnisation sur le fondement de l'enrichissement injustifié, dans les mêmes conditions que la fourniture d'un autre type de service.

3. Le service impliquant un tiers au rapport de gratuité

777. L'opération impliquant un tiers au rapport de gratuité peut caractériser une prestation de service et, par voie de conséquence, l'appauvrissement et l'enrichissement caractéristiques de l'enrichissement injustifié. L'affirmation paraît incongrue tant les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité sont rarement conçues comme des services susceptibles de rémunération et *a fortiori* d'indemnisation. Les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité sont celles par lesquelles le concédant procure un avantage au bénéficiaire en s'engageant envers un tiers au rapport de gratuité, c'est-à-dire une tierce personne qui ne

1373 Civ. 1re, 20 janvier 2010, no 08-13.400, *Bull. civ.* I, no 211 ; Civ. 1re, 11 avril 2018, no 16-18.207, inédit. Voir aussi, visant les « *avantages dont* [le concubin] *avait profité pendant la période de concubinage* » : Civ. 1re, 31 mars 2021, no 20-14.312, inédit.
Voir aussi, retenant que l'assistance procurée par un enfant à son parent était justifiée par l'hébergement gratuit dont il a bénéficié : Civ. 1re, 23 janvier 2001, no 98-22.937, *Bull. civ.* I, no 9 ; *D.* 2001. 2940, obs. B. VAREILLE ; *JCP N* 2002, no 1194, obs. R. LE GUIDEC ; *Dr. famille* 2002, comm. 63, comm. S. CHASSAGNARD ; *Defrénois* 2001, art. 37365, p. 719, comm. R. LIBCHABER ; *RTD civ.* 2001, p. 349, obs. J. HAUSER ; Civ. 1re, 20 mai 2009, no 08-17.344, inédit. *Adde*., moins net : Civ. 1re, 3 novembre 2004, no 01-15.176, *Bull. civ.* I, no 248 ; *Defrénois* 2005, p. 224, note B. GELOT ; *RTD civ.* 2005, p. 118, obs. J. HAUSER ; *JCP G 2*005. II. 10024, note F. BOULANGER.

procure ni ne bénéficie d'aucun avantage sans contrepartie[1374]. Ces opérations constituent des prestations ou des services qu'une partie fournit à une autre, souvent sans contrepartie[1375].

778. Plan. Les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité faisant suite à un accord entre le concédant et le bénéficiaire caractérisent un appauvrissement du concédant et un enrichissement du bénéficiaire (a). Sauf à ce que le bénéficiaire soit partie au contrat constituant l'opération, celui-ci ne justifie pas l'appauvrissement et l'enrichissement, de sorte que le service procuré doit être indemnisé sur le fondement de l'enrichissement injustifié (b).

a) L'appauvrissement et l'enrichissement

779. L'avantage procuré par les services impliquant un tiers au rapport de gratuité caractérise un appauvrissement. Les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité constituent la fourniture d'un service d'un concédant à un bénéficiaire. Le concédant, qui aurait pu accomplir ce service pour lui-même ou l'obtenir pour son propre bénéfice ou pour un tiers contre rémunération, renonce à ce bénéfice ou cette rémunération. Ainsi, celui qui constitue une sûreté garantissant la dette d'autrui sans demander de contrepartie consacre son crédit à ce service et renonce à la possibilité de l'exploiter pour garantir sa propre dette ou celle d'un tiers contre rémunération. De même, celui qui stipule un service pour autrui s'engage pour obtenir un service qu'il aurait pu stipuler au profit d'un tiers contre rémunération ou, selon les hypothèses, dont il aurait pu bénéficier personnellement.

780. L'enrichissement est caractérisé lorsque le service a été sollicité par son bénéficiaire. Corrélativement, celui dont la dette est garantie bénéficie d'une amélioration de son crédit et se voit dispensé de consentir lui-même une sûreté ou de rémunérer un établissement de crédit aux fins de garantie. De même, le bénéficiaire de la stipulation pour autrui profite du service stipulé à son profit sans être tenu de l'accomplir pour lui-même ou de l'acquérir d'un tiers. L'opération impliquant trois personnes est donc susceptible de caractériser un enrichissement.

781. L'enrichissement n'est en revanche pas établi en l'absence de sollicitation du service par le bénéficiaire. Les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité peuvent être réalisées sans le concours de celui auquel elles profitent, voire à son insu. Dans une telle hypothèse, l'enrichissement n'est pas caractérisé. En effet, il ne peut être supposé que le

1374 Sur cette catégorie, voir *supra*, n° 227.
1375 Voir *supra*, n^{os} 237-243.

bénéficiaire aurait accompli lui-même la prestation ou en aurait sollicité la réalisation par un tiers contre rémunération. Par exemple, lorsque la caution s'engage spontanément, sans avoir été sollicitée par le débiteur principal ni l'en avoir informé, il ne peut être certain que cette intervention ait une utilité pour le débiteur principal. Ce service peut ne présenter aucune utilité à ses yeux. En conséquence, il appartient à celui qui sollicite l'indemnisation de rapporter la preuve de cette sollicitation. Lorsque le service a été sollicité toutefois, le bénéficiaire a reconnu sa valeur à ses yeux. L'enrichissement est établi.

b) La justification

782. L'implication d'un tiers au rapport de gratuité écarte le doute sur l'existence d'un contrat. Dès lors qu'un tiers au rapport de gratuité est impliqué, l'intention du concédant de produire des effets de droit est indubitable[1376]. Par exemple, celui qui se propose de constituer une sûreté garantissant la dette d'autrui manifeste une intention de produire des effets de droit à l'égard du créancier. La fourniture d'un service par une opération impliquant trois personnes suppose dès lors la conclusion d'un contrat auquel sont parties soit le concédant, le bénéficiaire et le tiers, soit seulement le concédant et le tiers.

783. À première vue, ce contrat pourrait constituer une justification de l'appauvrissement et de l'enrichissement écartant l'enrichissement injustifié.

784. Lorsque le concédant et le bénéficiaire sont parties au contrat, ce dernier justifie l'appauvrissement et l'enrichissement. Certaines opérations impliquant trois personnes supposent la conclusion d'un contrat auquel le concédant, le bénéficiaire et le tiers au rapport de gratuité sont parties. C'est notamment le cas de la délégation, laquelle constitue un contrat tripartite dans lequel le bénéficiaire peut adopter la position alternativement de délégant ou de délégataire[1377]. Dans une telle hypothèse, il est certain que les parties se sont accordées sur l'absence de rémunération de la prestation. En effet, le contrat tripartite contient l'intégralité de l'accord des parties et écarte la rémunération[1378]. Le contrat, qu'il contienne un accord sur l'absence de rémunération ou permette de présumer une rémunération, constitue une justification de l'appauvrissement et l'enrichissement.

1376 *Ibid.*
1377 Voir *supra*, n° 234.
1378 Seul le cas du concédant professionnel fait exception. Dans ce cas, une rémunération peut être présumée. Voir *supra*, n^{os} 753-755.

785. Cette analyse doit être étendue à l'hypothèse de la stipulation pour autrui lorsque celle-ci a été acceptée par le bénéficiaire. La stipulation pour autrui est un contrat conclu entre le concédant, stipulant, et le tiers au rapport de gratuité, promettant, qui bénéficie à un tiers. Le bénéficiaire n'est pas partie au contrat. Mais son acceptation du bénéfice de la stipulation consolide le droit direct qu'il en retire. Les parties peuvent alors être considérées comme s'étant accordées sur la fourniture d'un avantage sans contrepartie[1379].

786. L'impératif de protection du tiers au rapport de gratuité n'implique pas de considérer que le contrat entre le concédant et le tiers au rapport de gratuité constitue une justification à l'enrichissement. Selon nous, le tiers au rapport de gratuité doit pouvoir ignorer les motifs qui ont inspiré le concédant et qui n'apparaissent pas dans le contrat. Il ne peut être tenu de rechercher ces motifs, et, notamment, de vérifier si le concédant est animé par des motifs intéressés ou bienfaisants. Les rapports entre le concédant et celui que nous désignons sous le terme de bénéficiaire ne doivent produire aucune conséquence sur la situation du tiers au rapport de gratuité[1380]. Cependant, la position du tiers au rapport de gratuité n'est pas affectée par l'existence ou l'absence d'une indemnisation du concédant. Le défaut d'exécution par le bénéficiaire de son obligation d'indemnisation du concédant ne constituerait pas une cause de résolution du contrat auquel est partie le tiers au rapport de gratuité. La protection du tiers au rapport de gratuité n'impose pas de considérer que le contrat conclu avec ce dernier constitue une justification à l'appauvrissement et l'enrichissement.

787. Le contrat conclu entre le concédant et le tiers au rapport de gratuité ne constitue pas une justification de l'enrichissement. La Cour de cassation a jugé que le contrat conclu entre l'appauvri et un tiers ne justifiait pas l'enrichissement. Ainsi, dans une affaire dans laquelle une maison de retraite, l'appauvri, demandait paiement aux enfants de son pensionnaire, les enrichis, de frais de séjour non réglés, la Cour de cassation a considéré que le contrat entre l'appauvri et le pensionnaire ne justifiait pas l'appauvrissement de la maison de retraite. Les enfants du pensionnaire, enrichis car débiteurs à l'égard de celui-ci d'une obligation alimentaire, étaient donc tenus d'indemniser la maison de retraite appauvrie[1381]. La

1379 Voir également, retenant que la stipulation pour autrui constitue une justification à l'enrichissement du bénéficiaire, mais faisant reposer cette conclusion sur l'affirmation selon laquelle la stipulation pour autrui accorderait à l'enrichi le droit de conserver le bénéfice du contrat : F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit*. nbp n° 1330, n° 1307.

1380 Voir *supra*, n° 242-243.

1381 Civ. 1re, 25 février 2003, n° 00-18.572, *Bull. civ.* I, n° 55 ; *JCP G 2*003. II. 10124, note P. LIPINSKI, *D.* 2004. 1766, note M.-P. PEIS.

doctrine considère en conséquence que le contrat conclu entre l'appauvri et un tiers ne constitue pas une justification à l'enrichissement[1382].

788. Cette solution doit être approuvée. Le concédant n'a manifesté la volonté de produire des effets de droit que dans ses rapports avec le tiers au rapport de gratuité. Dans ses rapports avec le bénéficiaire, sa volonté demeure incertaine. Par exemple, celui qui cautionne la dette d'autrui manifeste l'intention de s'engager à l'égard du créancier, mais ne manifeste aucune volonté de recevoir ou de ne pas recevoir de contrepartie à l'égard du débiteur bénéficiaire qui est tiers au contrat. Il n'existe aucun accord entre concédant et bénéficiaire sur l'existence ou l'absence de contrepartie. Seule, encore une fois, l'existence d'un accord entre concédant et bénéficiaire sur l'existence d'un avantage permet de justifier l'enrichissement et d'écarter l'indemnisation[1383]. À défaut d'un tel accord, le service rendu doit faire l'objet d'une indemnisation sur le fondement de l'enrichissement injustifié. La règle selon laquelle une prestation voulue par les parties doit faire l'objet d'une rémunération ou d'une indemnisation est donc d'application générale. Seule l'existence d'un contrat à titre gratuit écarte cette rémunération ou indemnisation.

SECTION II
RÉMUNÉRATION OU INDEMNISATION, INTENTION LIBÉRALE ET RELATION D'AFFECTION

789. L'affirmation d'un principe d'indemnisation des prestations volontairement fournies est vaine si l'on retient, avec le droit positif, que la seule intention libérale déduite de la relation d'affection suffit à écarter l'indemnisation. Nous soutenons que c'est parce que les parties se sont accordées sur la gratuité de l'avantage que la prestation gratuite ne donne pas lieu à indemnisation ou rémunération. En d'autres termes, selon nous, l'accord gratuit exécuté produit un effet essentiel : il fait obstacle à l'indemnisation ou la rémunération de la prestation. Le droit positif n'est pas exactement en ce sens. La Cour de cassation puis le législateur ont retenu que l'enrichissement injustifié est exclu s'il est établi l'intention libérale

1382 F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit*. nbp n° 1330, n° 1307.
1383 Voir toutefois, retenant que l'accord entre l'appauvri et le tiers constitue une justification à l'enrichissement lorsqu'il accorde à l'enrichi, tiers au contrat, le droit d'en conserver les bénéfices : *ibid*.

de l'appauvri. Or, nous verrons que l'intention libérale, telle qu'elle est entendue par la Cour de cassation, est un fait juridique qui repose sur la seule subjectivité du concédant et peut être déduite de la seule relation d'affection. Nous critiquerons cette position : l'accord des parties, le contrat à titre gratuit, et non la seule relation d'affection, écarte l'indemnisation. Si l'intention libérale exclut l'enrichissement injustifié, c'est à la condition qu'ait été caractérisée l'existence du contrat à titre gratuit dont elle procède, c'est-à-dire de l'accord sur l'absence d'indemnisation qu'elle motive. L'existence d'une relation d'affection doit ainsi être remise à sa juste place. Elle ne suffit pas à exclure l'indemnisation de la prestation accomplie. Elle ne produit d'effets que sur le régime de l'indemnisation.

790. Plan. Seul le contrat à titre gratuit, et non la relation d'affection, est susceptible d'écarter la rémunération ou l'indemnisation (§1.). Mais la relation d'affection produit certains effets sur le régime de l'indemnisation (§2.).

§1. L'insuffisance de la relation d'affection pour écarter l'indemnisation
§2. Les effets de la relation d'affection

§1. L'INSUFFISANCE DE LA RELATION D'AFFECTION POUR ÉCARTER L'INDEMNISATION

791. Plan. L'accord sur l'absence de contrepartie, qui seul fait échec à l'action en enrichissement injustifié, est distinct de l'intention libérale (A.). Contrairement à cette dernière, il ne peut être déduit de la seule relation d'affection (B.).

A. La distinction entre intention libérale et accord sur l'absence de contrepartie
B. L'impossibilité de déduire l'accord sur l'absence de contrepartie de la relation d'affection

A. LA DISTINCTION ENTRE INTENTION LIBÉRALE ET ACCORD SUR L'ABSENCE DE CONTREPARTIE

792. En droit positif, l'intention libérale suffit à écarter l'action en enrichissement injustifié. La Cour de cassation retient de longue date que l'appauvri ne peut demander une indemnisation sur le fondement de l'enrichissement injustifié s'il était animé d'une intention libérale. L'intention libérale constitue une justification à l'appauvrissement et à

l'enrichissement[1384]. Ce terme a été repris par l'ordonnance de réforme du droit des obligations. L'article 1303-1 du code civil précise que l'enrichissement injustifié est exclu par l'intention libérale, d'une part, et l'obligation préexistante de l'appauvri, d'autre part[1385]. Il distingue donc l'intention libérale du contrat. En l'état actuel du droit positif, l'intention libérale seule fait obstacle à l'indemnisation, sans qu'il soit nécessaire de prouver le contrat à titre gratuit[1386].

793. Or, l'intention libérale ne peut être établie que s'il existe un accord sur l'absence de contrepartie. L'intention libérale n'est ni le contrat de donation, ni l'élément matériel de la donation. L'intention libérale est un des éléments permettant de qualifier un contrat de donation. La recherche de l'intention libérale n'est pertinente qu'en présence, d'une part, d'un accord des parties tendant à la production d'effets de droit – un contrat – et, d'autre part, d'un appauvrissement d'une partie au profit de l'autre – l'élément matériel de la libéralité. En d'autres termes, l'intention libérale n'est pas une intention de produire certains effets de droit, et encore moins une rencontre de volontés tendant à la production d'effets de droit. Elle n'est pas davantage un accord sur l'appauvrissement et l'enrichissement. Elle éclaire les volontés des parties lorsqu'elles s'accordent sur cet appauvrissement et cet enrichissement. L'intention libérale est le motif de l'engagement du donateur, le désir de préférer autrui à soi-même. Elle ne peut être présumée qu'en présence d'un accord sur l'absence de contrepartie.

794. Dès lors, il nous faut de nouveau proposer une interprétation libre des dispositions issues de l'ordonnance de réforme. Selon les termes de l'article 1303-1 du code civil précité, « *L'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale*. » Ce texte doit, selon nous, être interprété en ce sens que l'« *intention libérale* » désigne l'accord sur l'absence de contrepartie et donc le contrat à titre gratuit, ou, à tout le moins, ne peut être caractérisée qu'en présence d'un contrat à titre

1384 Civ. 1re, 19 janvier 1988, nº 85-17.618, *Bull. civ.* I, nº 16 ; Civ. 1re, 24 octobre 2006, nº 05-18.023, *Bull. civ.* I, nº 439 ; *Defrénois* 2007, art. 38562, nº 30, obs. R. LIBCHABER ; Civ. 1re, 13 novembre 2014, nº 13-20.442, inédit. Voir aussi : H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Obligations : théorie générale*, *op. cit.* nbp nº 1335, nº 702 ; J. CARBONNIER, *Les biens, Les obligations*, *op. cit.* nbp nº 1351, nº 1223 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Le fait juridique*, *op. cit.* nbp nº 1351, nº 40 ; M. FABRE-MAGNAN, *Responsabilité civile et quasi-contrat*, *op. cit.* nbp nº 113, nº 574 ; P. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, *op. cit.* nbp nº 1335, nº 860 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp nº 1330, nº 1305 ; J. HOUSSIER, *Les dettes familiales*, *op. cit.* nbp n° 1337, nº 352.

1385 L'article 1303-1 du code civil dispose que : « *L'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale* ».

1386 Cette solution s'inscrit dans un courant jurisprudentiel plus général. La Cour de cassation juge que l'intention libérale suffit également à faire obstacle à d'autres mécanismes extra-contractuels d'indemnisation ou de restitution, et notamment la gestion d'affaires (Civ. 1re, 7 février 1967, *Bull. civ.* I, nº 50 ; Civ. 1re, 29 mai 1990, nº 88-17.753, inédit ; Civ. 1re, 14 février 2008, nº 06-21.084, inédit ; Civ. 1re, 30 avril 2014, nº 12-29.733, inédit) ou la restitution de l'indu (voir *infra*, nº 847).

gratuit. Et l'accord sur l'absence de contrepartie, contrairement à l'intention libérale, ne peut ne peut être déduit de la simple relation d'affection.

B. L'IMPOSSIBILITÉ DE DÉDUIRE L'ACCORD SUR L'ABSENCE DE CONTREPARTIE DE LA RELATION D'AFFECTION

795. L'intention libérale, qui est un fait juridique, se prouve par tous moyens ; la relation d'affection entre les parties permet de la présumer. La preuve de l'intention libérale est libre. L'intention libérale se prouve par tous moyens[1387]. La Cour de cassation retient que les juges du fond apprécient souverainement que les éléments produits aux débats permettent d'établir l'intention libérale[1388]. Toutefois, l'analyse des motifs des cours d'appel rappelés par la Cour de cassation donne un indice des éléments qu'elle considère propres à caractériser l'intention libérale[1389]. À cet égard, la Cour de cassation ne s'attache pas à rappeler des éléments de fait caractérisant une manifestation de volonté du concédant. Elle ne recherche pas un accord de volontés entre concédant et bénéficiaire relatif à l'absence de contrepartie. Le seul constat de relations amicales ou familiales entretenues par les parties est propre à établir l'intention libérale[1390].

1387 Civ. 1re, 14 mai 1996, nº 94-10.162, *Bull. civ.* I, nº 203 ; *Defrénois* 1996, art. 36387, p. 1089, obs. G. CHAMPENOIS : « *la cour d'appel a souverainement retenu que M. X..., animé envers les époux A... d'une intention libérale dont la preuve n'était pas soumise à l'article 1341 du code civil* ». Voir aussi : Civ. 1re, 19 février 2002, nº 99-16.086, inédit.

1388 Voir par exemple : Civ. 1re, 24 septembre 2008, nº 06-11.294, *Bull. civ.* I, nº 211 ; *D.* 2009. 140, obs. J.-J. LEMOULAND ; *D.* 2008. 2430, obs. I. GALLMEISTER ; *AJ fam.* 2008, p. 431, obs. F. CHÉNEDÉ ; *RTD civ.* 2008, p. 660, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2008, p. 2516, obs. É. SAVAUX ; Civ. 1re, 20 janvier 2010, nº 08-13.400, *Bull. civ.* I, nº 14 ; *D.* 2010. 718, chron. F. CHÉNEDÉ ; *D.* 2011. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ fam*. 2010, p. 132, note S. MILLEVILLE ; *RTD civ*. 2010, p. 306, obs. J. HAUSER ; *Dr. famille* 2010, comm. 25, comm. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; Civ. 1re, 30 avril 2014, nº 12-29.733, inédit.

1389 Sur ce point, voir *supra*, nº 158.

1390 Civ. 1re, 3 décembre 2008, nº 07-13.043, inédit (retenant que le travail au sein du commerce de son concubin « *avait pour cause les liens d'affection* » qui les unissaient) ; Civ. 1re, 30 avril 2014, nº 12-29.733, inédit (retenant que les travaux et les dépenses « *trouvaient leur cause dans ses liens familiaux* ») ; Civ. 1re, 20 décembre 2017, nº 16-19.224, inédit (absence d'intention libérale). Voir aussi, retenant que l'intention libérale de la personne qui paye les dettes de sa concubine résulte de ce que le *solvens* avait agi « *dans le but de dégager sa compagne d'une dette envers son ex-mari et de lui permettre de bénéficier en toute sécurité d'un logement avec l'enfant issu de leur union* » (Civ. 1re, 20 janvier 2010, nº 08-13.400, *Bull. civ.* I, nº 14). Voir cependant, relevant que la cour d'appel a souverainement apprécié qu'il n'était pas établi que les parties aient conclu une convention d'aide gratuite : Civ. 1re, 4 juillet 1995, nº 93-19.205, inédit ; Civ. 1re, 16 décembre 1997, nº 96-10.246, inédit. Voir aussi, recherchant l'intention des parties : Civ. 1re, 25 novembre 2009, nº 08-20.741, inédit. Voir aussi : M. MONTEILLET-GEFFROY, *Les conditions de l'enrichissement sans cause dans les relations de famille*, *op. cit.* nbp n°1337, nos 396-398.

796. Selon nous, la relation d'affection ne permet pas de supposer l'existence d'un accord sur l'absence de contrepartie. La relation d'affection est invoquée, non pour justifier l'absence de contrepartie, l'élément matériel, mais pour présumer celui-ci. L'intention libérale peut être déduite de la relation entretenue par les parties lorsque l'accord sur l'absence de contrepartie est établi. En d'autres termes, lorsque l'élément matériel du contrat à titre gratuit, l'avantage volontairement procuré, est établi, la relation d'affection permet de présumer l'élément intentionnel, l'intention bienfaisante. Mais la relation d'affection ne peut à elle seule établir que les parties ont entendu que le concédant procure un avantage au bénéficiaire[1391].

797. Il pourrait être soutenu que les relations affectives impliquent normalement la gratuité des prestations fournies par leurs membres[1392]. C'est notamment le cas en matière familiale : les services relèvent de la solidarité intrafamiliale[1393]. Ils sont exclus de toute logique du « *donnant-donnant*[1394] ». La réalisation d'une prestation au profit d'une personne liée par une relation d'affection est normalement dépourvue de contrepartie. Du seul fait que l'accord est conclu par deux personnes entretenant une relation d'affection, il devrait être présumé comme impliquant l'existence d'un accord sur l'absence de contrepartie[1395].

798. Mais si l'on peut admettre que les prestations gratuites fournies par l'un des membres sont inspirées par la bienfaisance, ce n'est que lorsque l'accord sur l'absence de contrepartie est établi. On ne peut préjuger de l'intention des parties. Plus exactement, la supposition la plus probable est qu'elles se sont désintéressées de la portée patrimoniale, et donc juridique, de leur

---

1391 La caractérisation de l'intention libérale par la Cour de cassation a déjà été évoquée. Il s'agissait de la jurisprudence relative à la qualification du contrat dépourvu de contrepartie. Dans ce contexte également, l'intention libérale peut être présumée en présence d'une relation d'affection entre les parties. La portée de cette présomption est, cependant, bien moindre dans la perspective de la qualification du contrat sans contrepartie. Dans un tel contexte, l'accord sur l'absence de contrepartie est établi. L'intention libérale n'est que le motif de celui qui s'est contractuellement engagé à fournir une prestation sans contrepartie équivalente. Lorsqu'il n'est pas établi que les parties se sont accordées sur l'absence de contrepartie, le rôle de l'intention libérale est différent : celle-ci fait présumer l'accord sur l'absence de contrepartie. Voir *supra*, n° 423.

1392 Voir ainsi, soutenant que dans les rapports familiaux, le concédant est initialement toujours animé par une intention libérale : M. MONTEILLET-GEFFROY, *Les conditions de l'enrichissement sans cause dans les relations de famille*, *op. cit.* nbp n° 1337, n^{os} 402-403.

1393 Voir ainsi, énonçant que la « *patrimonialisation* […] *constitue à terme, un péril pour la solidarité censée régner dans la communauté familiale* » (n° 28), marquée « *par l'absence de recherche par leurs auteurs d'une "contrepartie-rétribution" desdits services* » (n° 8) : M. TCHENDJOU, « La patrimonialisation des actes d'entraide familiale », *loc. cit.* nbp n° 1337, n° 28.

1394 Voir par exemple, retenant que l'indemnisation peut aboutir à l'irruption dans la famille d'une logique marchande et du « *donnant donnant* » : A. PITROU, « La solidarité obligée », *in* L.-H. CHOQUET et I. SAYN (dir.), *Obligation alimentaire et solidarités familiales. Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, LGDJ, 2000, p. 293 ; M.-C. RIVIER « Inégalités dans l'entretien des parents par les enfants majeurs », *in* F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et C. CHOAIN (dir.), *Les enjeux de la transmission entre générations, du don pesant au dû vindicatif*, Presses Universitaires du Septentrion, 2005, p. 141 ; M. TCHENDJOU, « La patrimonialisation des actes d'entraide familiale », *loc. cit.* nbp n° 1337.

1395 Sur le lien entre normalité et présomption, voir *infra*, n° 811.

situation. Il ne peut être présumé que si la question leur avait été soumise, elles auraient affirmé souhaiter que les prestations échangées ne fassent pas l'objet d'une indemnisation, quelle que soit l'ampleur de l'éventuel déséquilibre entre les prestations réciproques. Il peut être avancé que les parties n'ont pas souhaité une indemnisation ou rémunération immédiate. Toutefois, une telle intention peut s'interpréter comme un simple désir de ne pas comptabiliser au jour le jour. Elle n'implique pas une renonciation définitive à toute prise en compte de la prestation dans leurs relations ultérieures. La seule existence d'une relation d'affection ne peut permettre d'établir une intention libérale qui exclurait l'indemnisation.

799. De même, l'existence d'une relation d'affection ne saurait exclure la présomption de rémunération du professionnel qui fournit un service. Ce n'est pas la solution retenue par la Cour de cassation. Dans une affaire récente, une avocate avait défendu son époux dans un litige successoral. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, dirigé par l'avocate contre l'ordonnance de taxe du premier président de la cour d'appel de Versailles l'ayant déboutée de sa demande de taxation d'honoraires, approuvant le premier président d'avoir « *écart*[é] *en raison du contexte familial dans lequel l'assistance avait été apportée, la présomption selon laquelle le mandat est salarié lorsqu'il est exercé par une personne dans le cadre de sa profession habituelle*[1396] ». Cette solution est regrettable[1397]. La seule relation d'affection ne peut laisser présumer une intention libérale faisant obstacle à l'indemnisation. Néanmoins, l'existence d'une relation d'affection n'est pas dépourvue de conséquences sur l'indemnisation.

§2. LES EFFETS DE LA RELATION D'AFFECTION

800. Plan. La caractérisation d'un contrat à titre gratuit exclut l'indemnisation ou la rémunération du service rendu. Toutefois, en l'absence de contrat à titre gratuit, l'existence d'une relation d'affection entre les parties justifie la limitation de l'indemnisation au seul déséquilibre substantiel entre la somme des prestations réciproques (A.). Elle n'emporte pas d'autre effet sur le régime de l'indemnisation (B.).

1396 Civ. 2e, 5 novembre 2020, no 19-20.314, *Bull. civ.*, p. 128 ; *RLDC* décembre 2021, p. 10, note C. ROSSETTO.

1397 Voir *contra*, approuvant la solution aux motifs qu'il appartient au professionnel de prouver l'existence d'une obligation de rémunération, et préconisant l'extension de cette solution à toute les relations d'affection : C. ROSSETTO, note sous Civ. 2e, 5 novembre 2020, citée nbp précédente.

A. L'indemnisation du déséquilibre substantiel entre la somme des prestations réciproques
B. L'exclusion de tout autre effet

A. L'INDEMNISATION DU DÉSÉQUILIBRE SUBSTANTIEL ENTRE LA SOMME DES PRESTATIONS RÉCIPROQUES

801. Les relations d'affection, qui sont le siège de la fourniture de nombreuses prestations réciproques, ne doivent donner lieu à l'indemnisation que du déséquilibre entre les prestations réciproques. La relation d'affection constitue un cadre propice à l'échange de menus services et autres prestations. Ceux-ci sont habituellement réciproques. Cette réciprocité justifie une « compensation » des prestations les unes avec les autres. Surtout, l'existence d'une relation d'affection rend tolérable l'existence d'un déséquilibre entre les prestations réciproques des parties tant que celui-ci reste mineur. Malaurie énonçait ainsi qu'« *il serait cocasse et déplaisant de soumettre à une comptabilité d'apothicaire*[1398] » les relations familiales. L'indemnisation de chacune des prestations fournies par les membres de la relation d'affection pourrait introduire une logique du « *donnant-donnant* » dans la relation au quotidien[1399]. Néanmoins, l'indemnisation globale du déséquilibre substantiel entre les prestations réciproques fournies par les parties ne nous paraît pas dénaturer les relations familiales.

802. Plan. Seul le déséquilibre (1.) substantiel (2.) entre les prestations réciproques des parties fait l'objet d'une indemnisation.

1. L'indemnisation du déséquilibre entre les prestations
2. Le caractère substantiel du déséquilibre

1. L'indemnisation du déséquilibre entre les prestations

803. Ne sont pas indemnisables les prestations qui trouvent leur contrepartie dans d'autres services dont a bénéficié le concédant. La Cour de cassation retient avec constance que ne sont pas indemnisables sur le fondement de l'enrichissement injustifié les prestations qui constituent la contrepartie de services antérieurement ou concomitamment reçus par le

1398 L'auteur écrit que le père de famille n'est pas « *un gargotier, un hôtelier ou le tenancier d'un appartement meublé* », et que l'hébergement gratuit d'un enfant n'est que la simple « *expression de nos relations familiales, qu'il serait cocasse et déplaisant de soumettre à une comptabilité d'apothicaire : il s'agir d'un acte normal de complaisance et d'affection familiales* » (P. MALAURIE, note sous Civ. 1re, 14 janvier 1997, *Defrénois* 1997, art. 36650, p. 1136).

1399 Voir *supra*, nbp nº 1394.

concédant. Ainsi, le financement de travaux peut avoir pour contrepartie l'hébergement dont a bénéficié le concubin durant la vie commune[1400]. Toutefois, lorsque la prestation excède les services dont le concédant a bénéficié, le déséquilibre est caractérisé et, s'il est substantiel, peut être indemnisé[1401].

2. Le caractère substantiel du déséquilibre

804. Le droit positif contient divers standards excluant l'indemnisation de certaines prestations fournies au sein de la famille[1402]. La loi a admis la rémunération de la collaboration à l'activité professionnelle, agricole ou commerciale exploitée par un membre de sa famille. La créance de salaire différée rémunère la collaboration professionnelle à l'activité agricole ou commerciale. Ainsi, le descendant majeur qui collabore à l'activité agricole de son parent, de même que le conjoint de l'exploitant, bénéficient d'un contrat de travail à salaire différé dont la rémunération est équivalente au SMIC, sur un maximum de dix ans[1403]. Le conjoint de l'exploitant agricole ou commercial, s'il collabore à cette activité pendant une durée supérieure à dix ans, est titulaire d'une créance d'un montant maximum de trois SMIC annuels[1404]. Aux termes des textes, sont rémunérés ou indemnisés ceux qui « *participent directement et effectivement à l'exploitation*[1405] ». Ce critère permet de déterminer le seuil en dessous duquel la demande d'indemnisation fondée sur ces dispositions légales ne peut prospérer.

805. Lorsque les conditions des dispositifs légaux prévoyant la rémunération des services intra-familiaux ne sont pas satisfaites, l'indemnisation peut être demandée sur le fondement de l'enrichissement injustifié[1406]. La jurisprudence admet ainsi l'indemnisation de la collaboration

1400 Civ. 1re, 20 janvier 2010, nº 08-13.400, *Bull.* nº 14 ; Civ. 1re, 6 novembre 2013, nº 12-26.568, inédit ; Civ. 1re, 10 juillet 2014, nº 13-21.382, inédit ; Civ. 1re, 31 mars 2021, nº 20-14.312, inédit.

1401 Civ. 1re, 23 janvier 2014, nº 12-27.180, inédit.

1402 Voir *contra*, énonçant que « le sort de l'action de in rem verso dépend du bon vouloir des magistrats » : M. MONTEILLET-GEFFROY, *Les conditions de l'enrichissement sans cause dans les relations de famille*, *op. cit.* nbp n° 1337, nº 338.

1403 Articles L. 321-13 et suivants du code rural et de la pêche maritime.

1404 Article L. 321-21-1 du code rural et de la pêche maritime (conjoint collaborateur d'une activité agricole) ; article 14 de la loi nº 89-1008 du 31 décembre 1989 (conjoint collaborateur d'une activité commerciale).

1405 Articles L. 321-13 du code rural et de la pêche maritime. *Adde*. article 14 de la loi nº 89-1008 du 31 décembre 1989.

1406 L'enrichissement injustifié est soumis à une condition de subsidiarité (article 1303-3 du code civil). Mais cette condition ne fait pas échec à l'action en enrichissement injustifié lorsque les conditions d'une autre action qui aurait pu être envisagée ne sont pas satisfaites, tout au moins si cette action n'a pas de caractère contractuel (F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations, op. cit.* nbp nº 1330, nº 1313). L'action fondée sur l'enrichissement injustifié peut être accueillie même si les conditions de la créance de salaire différée ne sont pas satisfaites. La Cour de cassation a admis que la personne ayant

professionnelle sur le fondement de l'enrichissement injustifié lorsque le concédant est concubin du bénéficiaire. La créance de salaire différée suppose en effet, lorsque le lien qui unissait le concédant et le bénéficiaire est celui du couple, que ceux-ci soient mariés ou partenaires de PACS. Le concubin n'en bénéficie pas. Il peut néanmoins obtenir une indemnisation sur le fondement de l'enrichissement injustifié[1407]. Or, la Cour de cassation a, dans ce contexte également, limité l'indemnisation. Entre époux, elle a jugé qu'est indemnisable la collaboration qui excède l'obligation de participation aux charges du mariage[1408]. Elle refuse ainsi l'indemnisation de l'assistance « *ponctuelle*[1409] », fournie « *épisodiquement*[1410] » ou n'excédant pas « *la simple entraide*[1411] ».

806. La jurisprudence indemnise les services rendus au sein du foyer à la condition qu'ils excèdent « *la piété filiale* », qu'ils constituent une « *contribution excessive aux frais de la vie courante* » ou « *excéd[…]ent la nécessaire participation aux charges de la vie commune* ». La Cour de cassation a admis l'indemnisation de services rendus au sein du foyer dans des affaires relatives à l'assistance procurée par un enfant à son parent âgé dépendant[1412]. Classiquement, l'enfant formule sa demande lors du décès, dans le cadre de la liquidation de la succession, en vue d'obtenir davantage, dans cette liquidation, que ses frères et sœurs restés

collaboré à l'activité agricole des parents de son époux, ne pouvant se prévaloir des dispositions du code rural et de la pêche maritime car son époux ne bénéficiait pas de cette action, ayant été salarié de l'entreprise agricole, pouvait se fonder sur l'action en enrichissement sans cause (Civ. 1re, 14 mars 1995, nº 93-13.410, *Bull. civ.* I, nº 130). Mais il n'est pas certain qu'en l'état actuel du droit, la Cour jugerait recevable une action intentée par les descendants eux-mêmes ou le conjoint lorsque les conditions ne seraient pas remplies, par exemple lorsque le conjoint n'aurait pas atteint le seuil de dix ans de collaboration. *Adde.* Ass. Plén., 7 juillet 2006, nº 04-10.672, *Bull. Ass. Plén.*, nº 8, retenant que l'action en enrichissement sans cause intentée par un enfant après le rejet d'une action fondée sur la créance de salaire différé se heurte à l'autorité de la chose jugée). Sur cette question, voir aussi : F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : les successions, les libéralités*, 4e édition, Dalloz, 2013, nº 1128 ; A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « Collaboration familiale et enrichissement sans cause », *loc. cit*. nbp nº 1337, nos 32-35.

1407 Civ. 1re, 16 décembre 1997, nº 96-10.246, inédit.

1408 Civ. 1re, 10 octobre 2012, nº 11-19.292, inédit.

1409 Civ. 1re, 11 avril 2018, nº 17-18.207, inédit. Voir aussi : Civ. 1re, 10 février 2016, nº 15-10.150, inédit. Voir toutefois, antérieurement, retenant que la « participation » d'une concubine à l'exploitation d'un fonds de commerce « *impliquait par elle-même un appauvrissement de* [la concubine] *et un enrichissement* [du concubin] » : Civ. 1re, 15 octobre 1996, nº 94-20.472, *Bull. civ.* I, nº 357 ; *JCP G* 1998. I. 151, note H. BOSSE-PLATIÈRE ; *D.* 1997, somm. 177, obs. R. LIBCHABER ; *RTD civ.* 1997, p. 102, obs. J. HAUSER et p. 657, obs. J. MESTRE ; *Defrénois* 1997, art. 36619, p. 923, note O. MILHAC. Voir aussi, jugeant que la cour d'appel a souverainement retenu l'appauvrissement : Civ. 1re, 20 janvier 2010, nº 08-13.400, *Bull. civ.* I, nº 211 ; Civ. 1re 24 septembre 2008, nº 07-11.928, *Bull. civ.* I, nº 212.

1410 Civ. 1re, 6 octobre 2010, nº 09-68.657, inédit.

1411 Civ. 1re, 20 janvier 2010, nº 08-16.105, *Bull. civ.* I, nº 15.

1412 L'indemnisation n'est due que lorsque l'assistance a été fournie alors que le parent était dans le besoin. Si le parent est dans le besoin, les enfants sont tenus de les entretenir à hauteur de leur faculté contributive : c'est l'obligation alimentaire (article 205 du code civil). L'enfant qui entretient son parent dans le besoin exécute sa propre obligation alimentaire ainsi, éventuellement, que celle des autres. Il peut alors exercer un recours subrogatoire contre les autres débiteurs de l'obligation alimentaire, c'est-à-dire ses frères et sœurs (article 1346 du code civil ; Civ. 1re, 16 mars 2016, nº 15-13.403, inédit).

inactifs. La Cour de cassation a jugé que les enfants peuvent obtenir des parents, et ainsi de leur succession, l'indemnisation des prestations ainsi fournies sur le fondement de l'enrichissement injustifié[1413]. Le domaine des prestations indemnisées est, lui aussi, soumis à une restriction. Seuls sont indemnisables les services ayant excédé « *la piété filiale*[1414] ». Il ressort de la jurisprudence que sont reçues les actions d'enfants qui établissent, d'une part, qu'ils ont procuré un avantage qui en leur absence aurait nécessité l'intervention d'un professionnel ou d'un établissement de soins[1415], et, d'autre part, qu'ils ont négligé leur vie professionnelle en raison de cette assistance[1416]. En d'autres termes, seule l'économie d'un recours à des services professionnels constitue un enrichissement pour le parent et seul le préjudice professionnel établit l'appauvrissement de l'enfant.

807. Les services fournis par les membres du couple au sein du foyer peuvent également faire l'objet d'une indemnisation[1417]. Ainsi, non seulement la collaboration professionnelle mais également les prestations domestiques peuvent être indemnisées sur le fondement de l'enrichissement injustifié. Dans ce domaine encore, la Cour de cassation a exclu l'indemnisation de certaines prestations[1418]. Elle énonce que les prestations fournies par les concubins sont indemnisables dès lors qu'elles caractérisent une « *contribution excessive aux frais de la vie courante*[1419] » ou « *excéd*[…]*ent la nécessaire participation aux charges de la vie commune*[1420] ». Ce critère permet à la Cour de cassation d'écarter l'indemnisation de certaines prestations.

808. Il en ressort que l'indemnisation ne peut être admise qu'en cas de prestations substantielles, ou plus exactement en cas de déséquilibre substantiel entre les prestations réciproques des parties. En matière de collaboration agricole, de services rendus par un enfant à son parent ou par une personne à son concubin, le législateur et la Cour de cassation ont

1413 La Cour de cassation a retenu que : « *le devoir moral d'un enfant envers ses parents n'exclut pas qu'il puisse obtenir indemnité pour l'aide et l'assistance apportée dans la mesure où, ayant excédé les exigences de la piété filiale, les prestations librement fournies avaient réalisé à la fois un appauvrissement pour l'enfant et un enrichissement corrélatif des parents* » (Civ. 1re, 3 novembre 2004, no 01-15.176, *Bull. civ.* I, no 248 ; *JCP N* 2005, no 1209, obs. F. BOULANGER ; *Defrénois* 2005, art. 38095, p. 225, obs. B. GELOT ; *RTD civ*. 2005, p. 118, obs. J. HAUSER).

1414 *Ibid*.

1415 Voir par exemple : Civ. 1re, 6 juillet 1999, no 97-20.398, inédit ; Civ. 1re, 27 mars 2007, no 05-15.855, inédit.

1416 Voir par exemple : Civ. 1re, 4 décembre 2013, no 12-20.260, inédit.

1417 Voir par exemple : Civ. 1re, 23 janvier 2014, no 12-27.180, inédit. Voir aussi : Civ. 1re 24 septembre 2008, no 07-11.928, *Bull. civ.* I, no 212 ; Civ. 1re, 18 janvier 2012, no 10-23.267, inédit.

1418 Sur la règle selon laquelle chaque concubin conserve la charge des dépenses effectuées pour les besoins de la vie commune, voir *infra*, nos 858-862.

1419 Civ. 1re, 1er février 2017, no 16-12.744, inédit.

1420 Civ. 1re, 23 janvier 2014, no 12-27.180, inédit. Voir aussi : Civ. 1re 24 septembre 2008, no 07-11.928, *Bull. civ.* I, no 212 ; Civ. 1re, 18 janvier 2012, no 10-23.267, inédit.

dégagé divers critères par lesquels l'indemnisation est limitée aux prestations présentant une certaine substance. Selon nous, ces standards sont employés comme des seuils quantifiant un volume au-delà duquel le service est indemnisé. Ces standards nous paraissent, en effet, décrire une quantité de prestations, davantage qu'une nature. De ces divers critères s'évince une règle générale selon laquelle seules les prestations substantielles peuvent être indemnisées. Cette règle doit être approuvée[1421]. Elle constitue, *a minima*, une application de la règle *de minimis non curat praetor*[1422]. Les prestations fournies au sein d'une relation d'affection doivent rester dans le non-droit si elles demeurent menues, si elles n'affectent pas substantiellement la situation des parties. Elle peut aussi être interprétée, *a maxima*, comme l'expression d'un devoir d'entraide entre les membres de la famille[1423]. Cette solution doit, d'ailleurs, être étendue à l'ensemble des types de prestation. Selon nous, elle doit être étendue, par exemple, à l'indemnisation de la construction ou de l'amélioration d'un bien appartenant à autrui. Elle n'est pas limitée aux prestations domestiques. Plus précisément, il faut retenir que seul le déséquilibre substantiel entre les prestations réciproques des parties doit être indemnisé. La prestation fournie par le concédant peut avoir pour contrepartie, totale ou partielle, une prestation réciproque reçue du bénéficiaire. Il s'agit d'indemniser le déséquilibre substantiel entre les prestations réciproques des parties. Le déséquilibre entre les sommes des prestations réciproques des parties doit, lorsqu'il est substantiel et n'a pas fait l'objet d'un accord sur l'absence de contrepartie, être indemnisé sur le fondement de l'enrichissement injustifié. L'existence d'une relation d'affection limite donc l'indemnisation au seul déséquilibre substantiel entre les prestations réciproques. Elle ne donne lieu à aucune autre conséquence et, en particulier, ne justifie pas de report de l'échéance du délai de prescription de l'action en paiement de l'indemnisation ni d'inversion de la charge de la preuve.

1421 V. ZALEWSKI-SICARD, *Familles, devoirs et gratuité*, *op. cit.* nbp n° 1337, n° 3 ; J. HOUSSIER, *Les dettes familiales*, *op. cit.* nbp n° 1337, n° 168.

1422 Sur laquelle voir notamment : J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2014, p. 74.

1423 V. ZALEWSKI-SICARD, *Familles, devoirs et gratuité*, *op. cit.* nbp n° 1337, Partie I, Titre I, Chapitre I ; J. HOUSSIER, *Les dettes familiales*, *op. cit.* nbp n° 1337, n° 142.

B. L'EXCLUSION DE TOUT AUTRE EFFET

809. Plan. L'allégation d'un contrat à titre gratuit n'inverse pas la charge de la preuve de l'accord sur l'absence de contrepartie (1.). La relation d'affection ne justifie pas le report du point de départ ni la suspension du délai de prescription (2.).

1. L'absence d'inversion de la charge de la preuve
2. L'absence de report de l'échéance du délai de prescription

1. L'absence d'inversion de la charge de la preuve

810. L'allégation d'un contrat à titre gratuit pourrait justifier un renversement de la charge de la preuve. La Cour de cassation retient, en matière d'enrichissement injustifié, qu'il appartient à celui qui sollicite l'indemnisation de prouver l'absence d'intention libérale[1424]. Nous avons soutenu que ce critère devait être remplacé par celui de l'accord sur l'absence de contrepartie, qui constitue le contrat à titre gratuit. À défaut d'accord sur l'absence de contrepartie, la prestation doit être indemnisée. La transposition de la règle de preuve a pour effet qu'il appartient au concédant d'établir l'existence du contrat à titre gratuit.

811. Il en ressort une forme de présomption de gratuité en droit positif[1425] : lorsqu'une prestation est fournie, à défaut de preuve de l'existence ou de l'absence d'accord sur la contrepartie, il est fait comme s'il existait un contrat à titre gratuit, c'est-à-dire que la prestation n'est pas indemnisée. Or, une présomption doit correspondre à la réalité. La présomption est l'opération par laquelle d'un fait connu est tiré un fait inconnu[1426]. Elle est habituellement liée à la normalité, à l'existence d'un lien de corrélation entre un fait connu et ce fait inconnu[1427]. Dans un droit civil inspiré par l'individualisme, l'acte intéressé est la norme et l'acte gratuit

1424 Civ. 1re, 24 octobre 2006, nº 05-18.023, *Bull. civ.* I, n° 439 ; Civ. 1re, 13 novembre 2014, nº 13-20.442, inédit.

1425 Voir en ce sens, faisant valoir que lorsque le concédant qui sollicite la restitution d'un bien meuble corporel établit en avoir été propriétaire et l'avoir remis, l'allocation du risque de l'absence de preuve du prêt au concédant conduit à présumer l'existence d'un don manuel : J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LÉCUYER, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 3e édition, LGDJ-Lextenso, 2012, nº 22133 ; P. PUIG, obs. sous Civ. 1re, 7 mars 2006, *RDC* 2006, p. 778. Voir aussi : A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14e édition, LGDJ, 2021, nº 425.

1426 Article 1354 du code civil, alinéa 1er : « *La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve.* »

1427 J. GHESTIN et H. BARBIER, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 5e édition, LGDJ-Lextenso, 2020, nº 121 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit*. nbp nº 1330, nº 1927 ; E. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, *op. cit.* nbp n° 1345, nº 235.

l'exception[1428]. La présomption de gratuité est donc en décalage par rapport à la normalité de l'onérosité[1429].

812. De surcroît, le concédant doit prouver l'absence d'accord sur la gratuité, c'est-à-dire un fait négatif[1430]. La preuve d'un fait négatif étant particulièrement difficile[1431], la présomption de gratuité est difficile à renverser.

813. Une inversion de la charge de la preuve serait envisageable. S'il était imposé au bénéficiaire de prouver l'existence d'un accord sur la gratuité, cette charge ne serait pas excessive. En effet, si le contrat « *portant sur une somme ou une valeur excédant* » 1 500 euros se prouve en principe par écrit[1432]. Par exception, en cas d'impossibilité morale de se procurer un écrit, le contrat peut être établi par tous moyens[1433]. Cette impossibilité morale peut résulter notamment de liens de parenté ou d'affection[1434]. Elle sera aisément caractérisée dans toutes les hypothèses de relation d'affection[1435]. Ainsi, s'il lui était imposé de prouver le contrat à titre gratuit par un renversement de la charge de la preuve, le bénéficiaire pourrait procéder à cette preuve par tous moyens. Ces arguments jouent en faveur d'une inversion de la charge de la preuve, qui dispenserait le concédant de prouver l'absence d'accord sur la gratuité et imposerait au bénéficiaire de prouver cet accord. Il appartiendrait alors à celui qui allègue l'existence d'un contrat à titre gratuit de le prouver[1436].

1428 Voir *supra*, n° 127-136.

1429 J. HUET *et al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp n° 1425, n° 22133 ; F. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *RTD civ.* 1966, p. 736 ; P. PUIG, obs. citées nbp n° 1425 ; M. MEKKI, « Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1re partie) », *RDC* 2008, p. 681.

1430 Voir ainsi, énonçant que la preuve de l'absence de don manuel qui incombe au demandeur à la revendication d'un bien meuble corporel est ardue car elle constitue la preuve d'un fait négatif : A. ABDEL-BAKI, *Du rôle de la possession en matière mobilière*, th. Paris, 1943, n° 283 ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, n° 59-2.

1431 J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale*, *op. cit.* nbp n° 1427, n° 121.

1432 Article 1359 du code civil. Malgré leur gratuité, les contrats peuvent porter sur un montant supérieur à 1 500 euros.

1433 Article 1360 du code civil.

1434 Voir par exemple : Civ. 3e, 7 janvier 1981, n° 79-14.831, *Bull. civ.* III, n° 7. Voir plus récemment, énonçant que la cour d'appel pouvait, dans son pouvoir souverain d'appréciation, déduire de la relation d'affection l'impossibilité morale de se procurer un écrit : Civ. 1re, 20 mai 2009, n° 08-14.761, *Bull. civ.* I, n° 97.

1435 S. DUMAS-LAVENAC, comm. sous CA Toulouse, 8 novembre 2018, *Dr. famille* 2019, comm. 25. Voir également, en ce sens, retenant, au sujet du prêt, que « *la rigueur de la preuve par écrit convient mal à un contrat qui est souvent un service d'ami* » (J. HUET *et al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp n° 1425, n° 22133). Voir encore, préconisant d'insérer dans le code civil une règle générale selon laquelle pour apprécier l'impossibilité morale de se préconstituer un écrit, « *le juge prend notamment en compte la nature des relations unissant les parties ou encore le caractère désintéressé de l'acte au profit de celui qui a fourni la prestation* » : C. ROSSETTO, *Le service gratuit : de la tradition au numérique*, th. Tours, 2020, n° 274.

1436 *Ibid.*, n° 22133 ; P. PUIG, obs. citées nbp n° 1425.

814. Cependant, ces arguments ne nous paraissent pas suffisants pour justifier une inversion de la charge de la preuve. L'existence d'une relation d'affection entre les parties, et plus avant l'allégation d'un contrat à titre gratuit par le bénéficiaire de la prestation, ne justifie pas une telle dérogation aux principes qui régissent la charge de la preuve en matière civile. Le demandeur perturbe l'ordre établi. Il « *entend innover et ainsi "renverser l'état où sont les choses" ou modifier le statu quo*[1437] ». Il lui incombe de prouver les faits nécessaires au succès de ses prétentions[1438]. Cette solution est également protectrice des intérêts du bénéficiaire, défendeur à l'action, lequel n'a pas choisi sa position de défendeur. En raison du caractère informel de la relation, le bénéficiaire ne disposera d'aucun moyen de prouver l'accord sur l'absence de contrepartie[1439]. Il n'est pas le plus apte à la preuve[1440]. Au contraire, il appartient à celui qui procure un service à autrui de se préconstituer la preuve de l'absence d'accord sur l'absence de contrepartie ou d'un accord sur une rémunération[1441]. En conséquence, l'inversion de la charge de la preuve ne nous paraît pas souhaitable. L'affirmation du principe d'indemnisation de la prestation fournie doit donc être tempérée par la difficulté de la preuve.

2. L'absence de report de l'échéance du délai de prescription

815. L'existence d'une relation d'affection ne peut, en dehors des cas prévus par la loi, suspendre le cours du délai de prescription. Par principe, la prescription court à compter de la date à laquelle le créancier avait dû ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit[1442]. En matière contractuelle, le délai de prescription court à compter de l'exigibilité de la créance[1443]. Et la créance est en principe exigible dès la conclusion du contrat. En matière de quasi-contrat, la créance naît le jour de la réalisation du fait volontaire constituant le

1437 J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale*, *op. cit.* nbp n° 1427, n° 82.

1438 Articles 9 du code de procédure civile et 1353 du code civil.

1439 Voir en ce sens, par analogie, énonçant que le défendeur à l'action en revendication d'un bien meuble corporel qui allègue l'avoir reçu par vente ou don manuel ne dispose que rarement d'un écrit susceptible de prouver cet acte translatif de propriété : G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les biens*, 2e édition, Sirey, 1980, n° 26 ; W. DROSS, *Les choses*, *op. cit.* nbp n° 1430, n° 58 ; A. ABDEL-BAKI, *Du rôle de la possession en matière mobilière*, *op. cit.* nbp n° 1430, n° 291 ; R. SALEILLES, *De la possession des meubles : études de droit allemand et de droit français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1907, p. 259 ; R. PONSARD, note sous CA Orléans, 3 novembre 1943, *D.* 1947. 17.

1440 Sur le critère de l'aptitude à la preuve : J. GHESTIN et H. BARBIER, *Introduction générale*, *op. cit.* nbp n° 1427, n° 84 ; E. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, *op. cit.* nbp n° 1345, n° 203.

1441 Voir en ce sens, par analogie, arguant qu'il appartient à celui qui se dessaisit d'un bien meuble corporel à titre de prêt de se préconstituer la preuve de l'obligation de restitution du récipiendaire : R. SALEILLES, *De la possession des meubles*, *op. cit.* nbp n° 1439, p. 114.

1442 Article 2224 du code civil.

1443 Civ. 1re, 30 mars 2005, n° 02-13.765, *Bull.* n° 159 ; Civ. 3e, 14 juin 2006, n° 05-14.181, *Bull.* n° 151.

quasi-contrat[1444]. Il en résulte que le délai de prescription de l'action du concédant en paiement d'une rémunération ou d'une indemnisation court soit à compter de l'accord sur la réalisation matérielle de la prestation, soit à compter de cette réalisation matérielle.

816. La question du délai de prescription est centrale en pratique. Tant que l'entente entre les parties est bonne et que la relation dure, il est peu probable que l'une d'entre elles agisse contre l'autre en vue d'obtenir indemnisation des services procurés durant la relation. Le concédant ne saisira pas le juge avant la rupture d'avec son concubin ou le décès de son parent. Un report de l'échéance du délai de prescription paraît opportun, faute de quoi l'affirmation du principe d'indemnisation pourrait rester lettre morte. Toutefois, en l'état actuel des textes, un tel report serait *contra legem*. Certes, le délai de prescription ne court pas à l'encontre de celui qui est « *dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure*[1445] ». La loi prévoit toutefois deux règles spéciales au cas particulier des relations familiales. Le code civil dispose que le cours du délai de prescription est suspendu entre époux mariés et partenaires de PACS[1446]. Le code rural et de la pêche maritime dispose que le délai de prescription de l'action en paiement de la créance de salaire différé court à compter du décès de l'exploitant agricole[1447]. Ces règles précisément définies paraissent constituer des exceptions limitatives au principe d'absence de suspension du délai en général, peu important l'existence d'une relation d'affection entre les parties. Certes, il pourrait être soutenu que le fait générateur de la créance n'est pas la prestation du service mais la constatation, à la rupture de la relation d'affection, d'un déséquilibre entre les prestations respectivement fournies par les parties. Il en résulterait que le délai de prescription, qui ne peut débuter avant la naissance du droit, commencerait à la rupture de la relation. Cependant, une telle solution nous semble constituer une dérogation trop substantielle aux éléments constitutifs et à l'esprit de l'action en enrichissement injustifié.

1444 Civ. 1re, 29 mai 2019, no 18-18.376, *Bull. civ.* I, p. 253 : « *la cour d'appel, qui a relevé que M. U... affirmait avoir travaillé sur l'exploitation de ses beaux-parents de 1976 à1986, sans être rémunéré, a retenu qu'il avait donc connu, chaque mois, les faits lui permettant d'exercer son action, ce dont elle a exactement déduit que le délai pour agir avait expiré le 18 juin 2013* ».

1445 Article 2234 du code civil.

1446 Article 2236 du code civil.

1447 L'article L. 321-17 alinéa 1er du code rural et de la pêche maritime dispose que : « *Le bénéficiaire d'un contrat de salaire différé exerce son droit de créance après le décès de l'exploitant et au cours du règlement de la succession ; cependant l'exploitant peut, de son vivant, remplir le bénéficiaire de ses droits de créance, notamment lors de la donation-partage à laquelle il procéderait.* » Voir aussi, jugeant que l'action fondée sur le contrat de salaire différé ne tend pas à la même fin que l'action en partage de sorte que l'interruption du cours de la prescription de la seconde ne s'étendait pas à la première : Civ. 1re, 7 juillet 2021, no 19-11.638, *Bull. civ.* I, p. 96 ; *D.* 2021. 1908, note F. ROUSSEL.

817. En conséquence, le délai de prescription de l'action en paiement de l'indemnité court, même en présence d'une relation d'affection, à compter de la date à laquelle le service a été rendu[1448]. Il faut donc préconiser une évolution législative reportant le point de départ du délai ou une suspension de son cours jusqu'à la date de la fin de la relation d'affection. Cette date pourrait être définie comme la séparation du couple, matérialisée par la cessation de la vie commune, ou le décès d'un membre de la relation.

818. Conclusion du chapitre deuxième. Il faut rejeter le doute sur la qualification contractuelle de l'accord sur l'assistance bénévole et par extension de l'ensemble des accords gratuits. L'accord sur la prestation gratuite constitue un accord sur une opération socio-économique manifestant l'intention des parties que le concédant procure définitivement un avantage gratuit au bénéficiaire. Il produit cet effet en faisant obstacle à toute demande d'indemnisation qui pourrait être formulée par le concédant. La fourniture d'une prestation procurant en effet un avantage à son bénéficiaire, sans que les parties se soient accordées sur l'existence ou l'absence de contrepartie doit, en principe, donner lieu à une indemnisation. La simple intention libérale du concédant, *a fortiori* déduite de la seule relation d'affection des parties, ne fait pas obstacle à cette indemnisation. Seul l'accord sur l'absence de contrepartie, en d'autres termes l'accord gratuit, exclut l'indemnisation. Cet accord sur une opération socio-économique, la prestation gratuite, produit donc l'effet nécessaire pour concrétiser juridiquement la gratuité de la prestation. Il doit seul être qualifié de contrat à titre gratuit. Il produit également les effets nécessaires pour concrétiser juridiquement la prestation voulue elle-même, ainsi que les effets qui sont accessoires à celle-ci.

1448 Voir ainsi, retenant que l'action en enrichissement sans cause intentée par l'enfant qui a travaillé sur l'exploitation de ses parents se prescrit par cinq ans à compter de la réalisation matérielle de la prestation lorsqu'elle n'est pas fondée sur les dispositions du code rural et de la pêche maritime relatives à la créance de salaire différée : Civ. 1re, 29 mai 2019, no 18-18.376, *Bull. civ.* I, p. 376.

CHAPITRE TROISIÈME
LE CONTRAT À TITRE GRATUIT, SOURCE DES EFFETS AFFÉRENTS À LA PRESTATION

819. Le doute sur la qualification contractuelle de la convention d'assistance bénévole, et la proposition de fonder les effets afférents à l'assistance bénévole sur des mécanismes extra-contractuels peuvent être étendus à l'ensemble des contrats à titre gratuit. La Cour de cassation a reconnu que la prestation d'assistance bénévole donne lieu à une convention d'assistance bénévole qui fonde l'obligation de l'assisté d'indemnisé le dommage subi par l'assistant à l'occasion de la prestation[1449]. La doctrine majoritaire critique cette solution. Elle considère que l'accord des parties relatif à la fourniture d'une assistance bénévole ne constitue pas un contrat[1450]. Les auteurs exposent, d'une part, que les parties n'ont pas envisagé et donc pas voulu les conséquences juridiques de la prestation. Ils soutiennent, d'autre part, que l'effet principal de la convention d'assistance bénévole, l'indemnisation de l'assistant, peut trouver sa source dans des règles autres que le droit des contrats tel que les quasi-contrats et la responsabilité extra-contractuelle.

820. Ce doute sur la qualification contractuel de l'accord nous paraît rayonner sur l'ensemble des contrats à titre gratuit. La convention d'assistance bénévole ne constitue, selon nous, que le pendant à titre gratuit du contrat de louage de service prévu par le code civil[1451]. Pourquoi retenir que l'accord informel relatif à un prêt à usage constitue un contrat à titre gratuit ? Les parties ont-elles souhaité inscrire leurs relations dans le champ juridique, ont-elles envisagé la naissance, en droit, d'une obligation de restitution ? Rien ne permet de le supposer.

821. Selon nous, l'accord gratuit exécuté constitue un contrat. Certes, les parties, en s'accordant sur les éléments essentiels de la prestation, son objet et sa gratuité, n'ont pas envisagé les effets de droit qu'elle était susceptible de produire. Elles se sont néanmoins accordées sur l'opération socio-économique qu'elles voulaient réaliser et sur le caractère définitif de cet accord. Le contenu de cet accord sur l'opération socio-économique nous paraît déterminer les effets nécessaires pour la concrétiser juridiquement. En d'autres termes, c'est

1449 Voir *supra*, n° 2.
1450 Voir *supra*, n° 32.
1451 Voir *supra*, n° 2.

parce que les parties ont voulu la prestation et sa gratuité que le droit reconnaît les conséquences juridiques nécessaires pour la concrétiser juridiquement.

822. Pour s'en convaincre, nous procèderons à une comparaison avec une application des mécanismes extra-contractuels susceptibles d'être mobilisés. L'exemple de l'indemnisation du concédant dans l'assistance bénévole n'est pas, sur ce point, le plus net. Nous lui préférerons, à ce stade, celui du transfert de propriété dans la donation. Il pourrait être soutenu que les parties à un don manuel n'ont pas d'intention de produire des effets de droit, qu'elles n'ont pas envisagé ces derniers. Il pourrait être recherché un mécanisme extra-contractuel sur lequel serait fondé le transfert de propriété. Tout particulièrement, il pourrait être soutenu que la seule remise de la chose dans un contexte de relation d'affection doit opérer transfert de propriété, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si les parties ont effectivement entendu produire cet effet de droit. Toutefois, ce n'est pas la prestation elle-même, la remise de la chose, qui produit l'effet translatif de propriété. C'est bien l'accord des parties sur le transfert du bien et sa gratuité qui fonde les effets nécessaires pour le concrétiser juridiquement, c'est-à-dire le transfert de propriété. Ce même raisonnement peut être étendu à la plupart des effets de droit attachés à l'exécution de la prestation gratuite. Ces effets ne peuvent, selon nous, trouver leur source dans des mécanismes extra-contractuels. Ils sont fondés sur l'accord des parties sur la prestation gratuite, qui peut être qualifié de contrat à titre gratuit.

823. **Plan**. L'accord sur la prestation et sa gratuité fonde les effets nécessaires pour concrétiser juridiquement cette prestation (section I). Les effets accessoires résultant de la loi peuvent lui être attribués (section II). L'accord doit également faire l'objet d'une résolution pour inexécution, caractéristique du contrat (section III).

Section I
L'accord des parties, source des effets nécessaires pour concrétiser juridiquement la prestation
Section II
L'accord des parties, source des effets
Section III
La résolution du contrat, conséquence de la naissance des effets accessoires

SECTION I
L'ACCORD DES PARTIES, SOURCE DES EFFETS NÉCESSAIRES POUR CONCRÉTISER JURIDIQUEMENT LA PRESTATION

824. Plan. Les conséquences de la remise de la chose trouvent leur source dans l'accord des parties, lequel constitue ainsi un contrat de donation, de prêt ou de dépôt (§1.). Ce sont également le contrat de mandat et la convention d'assistance bénévole qui fondent les engagements du bénéficiaire à l'égard du concédant et des tiers (§2.).

§1. La portée de la remise de la chose
§2. Les conséquences de la prestation de service

§1. LA PORTÉE DE LA REMISE DE LA CHOSE

825. L'accord des parties détermine la portée de la remise de la chose ou du paiement de la dette d'autrui. Les tribunaux sont fréquemment confrontés à des demandes de restitution d'un bien ou d'une somme d'argent transféré à autrui. Une personne a remis un bien à autrui, lui a transféré une somme d'argent, ou a payé la dette dont il était débiteur à l'égard d'un tiers et en demande restitution. Cette remise a-t-elle opéré un transfert définitif ou a-t-elle donné naissance à une obligation de restitution ? La remise de la chose ou le versement de la somme d'argent est ambigu[1452]. Il peut donner lieu à plusieurs analyses qui dépendent de la volonté des parties. Soit les parties ont entendu transférer définitivement la propriété de la chose ou le bénéfice de la somme d'argent à son récipiendaire. Soit les parties ont considéré que le récipiendaire ne détiendrait la chose remise qu'à titre temporaire pour l'utiliser à son propre

1452 La doctrine retient qu'il s'agit d'« *un acte abstrait ou neutre, qui n'indique pas sa cause* » (J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, Armand Colin, 1982, n° 89 ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, La Mouette, 2001, n° 363) ou qu'elle est « *multivalente* » (R. SAVATIER, note sous CA Paris, 19 février 1957, *D.* 1957, jur. 321). Voir aussi : R. SACCO, « Un cryptotype en droit français : la remise abstraite », *in Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1982, p. 273.

bénéfice pour le temps de la détention ou pour la conserver pour le bénéfice du remettant. En cas de remise d'une somme d'argent ou de paiement de la dette d'autrui, les parties ont pu vouloir que le bénéficiaire rembourse au *solvens* les sommes versées dans son intérêt.

826. Selon nous, seul l'accord des parties sur l'absence de restitution de la chose, autrement dit, le contrat de donation, exclut la restitution. C'est parce que les parties ont souhaité que l'avantage procuré par le concédant au bénéficiaire soit définitif que la restitution de l'avantage procuré est exclue. Ainsi, le transfert de propriété du bien meuble corporel et son absence de restitution, de même que l'absence de restitution de la somme d'argent versée, ne résultent pas du fait de la remise de la chose dans le contexte de la relation d'affection, mais de l'accord des parties sur l'absence de restitution. Cet accord constitue donc un contrat. En d'autres termes, à défaut de donation, celui qui reçoit une chose ou une somme d'argent doit la restituer, sans pouvoir opposer la simple intention libérale résultant de la relation d'affection.

827. Nous soutiendrons également que c'est l'accord des parties sur la portée de la détention de la chose, autrement dit, le contrat de prêt ou de dépôt, qui détermine les effets de cette détention. En l'absence d'accord sur l'absence de restitution, le récipiendaire doit restituer le bien ou la somme d'argent reçue. L'obligation de restitution de celui qui ne détient le bien qu'à titre précaire trouve sa source dans la seule remise de la chose. En d'autres termes, l'obligation de restitution existe en l'absence même de contrat de prêt ou de dépôt. Mais ce n'est pas parce que l'obligation de restitution existe indépendamment du contrat de prêt ou de dépôt que celui-ci est dépourvu de tout effet qui lui serait spécifique. L'accord des parties détermine les effets de la détention de la chose. Le transfert de la détention emporte des effets quant à la conservation de la chose et la charge des dégradations qu'elle subit et au devenir des fruits produits par la chose. Selon nous, l'accord des parties est déterminant de ces effets.

828. Plan. Seule l'existence d'un accord des parties sur l'absence de restitution du bien remis ou de la somme d'argent versée, autrement dit, le contrat de donation, exclut cette restitution (A.). En l'absence d'un tel accord, il y a restitution, mais l'accord des parties, autrement dit le contrat de prêt ou de dépôt, est encore déterminant des effets de la détention précaire (B.).

A. Le contrat de donation, condition de l'exclusion de la restitution de la chose donnée
B. Le contrat de prêt ou de dépôt, déterminant des conséquences de la détention de la chose

A. LE CONTRAT DE DONATION, CONDITION DE L'EXCLUSION DE LA RESTITUTION DE LA CHOSE DONNÉE

829. Celui qui a transféré une somme d'argent à autrui, qui a payé sa dette ou qui lui a remis un bien meuble corporel doit pouvoir, en l'absence d'accord sur la restitution ou l'absence de restitution de la somme d'argent ou du bien, en obtenir restitution. Nous avons soutenu dans le chapitre précédent que lorsque le concédant fournit un service au bénéficiaire sans que les parties aient conclu un accord sur l'existence ou l'absence d'une contrepartie, le concédant peut obtenir indemnisation du service rendu[1453]. Par un raisonnement analogue, il faut retenir que lorsque le concédant remet un bien ou une somme d'argent ou paie la dette d'autrui, en l'absence d'accord sur l'existence ou l'absence d'une restitution du bien ou de la somme d'argent, il doit pouvoir en obtenir restitution.

830. Plan. À défaut d'accord sur l'absence de restitution, le concédant qui a remis un bien meuble corporel à autrui (1.) ou qui a versé une somme d'argent à son profit (2.), peut en obtenir restitution.

1. Le transfert de propriété du bien meuble corporel
2. L'absence de restitution de la somme d'argent

1. Le transfert de propriété du bien meuble corporel

831. La remise volontaire du bien meuble corporel ne constitue pas un mode de transfert de propriété. S'il était envisagé d'abandonner la qualification contractuelle de la donation, il conviendrait de rechercher un mécanisme extra-contractuel susceptible de faire produire à la remise de la chose un effet translatif de propriété. Les modes de transfert de propriété sont énumérés par le code civil[1454]. La remise matérielle du bien n'en fait pas partie. Si les auteurs ajoutent d'autres modes de transfert de propriété à cette énumération, ils n'y

1453 Voir *supra*, n^os^ 759-767.
1454 Articles 711 et 712 du code civil.

incluent pas davantage la remise matérielle du bien[1455]. En droit français, le transfert de propriété entre vifs s'appuie nécessairement sur un acte juridique[1456].

832. La remise de la chose n'opère pas naissance d'un droit de propriété dans le chef du récipiendaire. La règle de l'article 2276 du code civil selon laquelle « *en fait de meubles, la possession vaut titre*[1457] », prise dans sa fonction dite « *acquisitive* », est inopérante. Cette règle prévoit que celui qui acquiert de bonne foi la chose à une personne qui n'est pas propriétaire devient propriétaire. Elle ne joue que lorsque le remettant n'est pas propriétaire et le possesseur est de bonne foi, c'est-à-dire lorsqu'il tient la chose en vertu d'un titre de propriété dont il ignore le vice[1458]. Ces conditions ne sont pas satisfaites en cas de remise volontaire du concédant au bénéficiaire au titre d'un accord sur une prestation de don dont la qualification de contrat de donation serait refusée. Le remettant est propriétaire et le possesseur ne tient pas la chose en vertu d'un titre, de sorte qu'il n'est pas de bonne foi. La fonction acquisitive de l'article 2276 du code civil ne peut se substituer au contrat de donation.

833. Le jeu des règles de preuve ne suffit pas à protéger le bénéficiaire d'une action en revendication exercée par le concédant. Le concédant ayant volontairement remis un bien à autrui peut exercer l'action en revendication pour en obtenir restitution, à condition de prouver qu'il en est demeuré propriétaire. En effet, l'action en revendication est « *celle que le propriétaire d'un bien exerce contre le tiers, possesseur actuel de ce bien, qui le détient indûment et qui refuse de le restituer* », et vise à la reconnaissance du droit de propriété sur un bien détenu par un tiers et en particulier à la restitution du bien[1459]. Celui qui a remis un corps certain à autrui peut en obtenir restitution en exerçant l'action en revendication[1460]. Si l'action échoue, le bénéficiaire conserve le bien et, de fait, voir corroborée sa qualité de propriétaire et donc l'existence d'un transfert de propriété entre les parties.

1455 F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3e édition, PUF, 2008, no 172 ; J.-L. BERGEL, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX et L. TRANCHANT, *Traité de droit civil, Les biens*, 3e édition, LGDJ, 2019, no 184.

1456 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. Aynès, Economica, 2007, nos 327-330. En d'autres termes, il est causé, en ce qu'il s'appuie sur un acte juridique préexistant.

1457 Article 2276 du code civil.

1458 Civ. 1re, 23 mars 1965, no 63-11.238, *Bull. civ.* I, no 206. Voir aussi : W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, nos 47 et 299.

1459 J.-L. BERGEL, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX et L. TRANCHANT, *Les biens*, *op. cit.* nbp n° 1455, no 437.

1460 Le contractant ne peut agir en revendication « *dans la mesure où une telle action aurait pour effet de déroger au contrat* » : F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, *op. cit.* nbp n° 1455, no 197. À supposer que l'on retienne que les accords gratuits ne sont pas des contrats, ils ne s'opposent pas à l'exercice de l'action en revendication.

834. Lorsque l'auteur de la revendication établit qu'il a été propriétaire du bien et qu'il l'a volontairement remis au possesseur actuel, défendeur à la revendication, la doctrine retient qu'il résulte de l'article 2276 du code civil, dans sa fonction probatoire, que le revendiquant peut établir l'absence de contrat translatif de propriété entre eux. Les auteurs considèrent que l'article 2276 prévoit que, dans un conflit entre celui qui établit avoir été propriétaire et le possesseur du bien, une présomption de propriété joue en faveur du possesseur[1461]. Plus précisément, il est présumé que le possesseur a acquis le bien par titre translatif de propriété[1462]. Il incomberait au défendeur d'alléguer l'existence d'un titre translatif de propriété et sa nature[1463]. Souvent, et notamment en présence d'une relation d'affection, le défendeur allèguera que le bien lui a été remis à titre de don manuel. La règle de l'article 2276 du code civil a pour effet de faire présumer l'existence d'un don manuel. Le revendiquant doit alors établir l'absence de don manuel[1464].

835. Seule la donation, et non la simple remise de la chose accompagnée d'une intention libérale, emporte transfert de propriété. Il en ressort, en premier lieu, que la seule remise de la chose n'emporte pas transfert de propriété. En effet, la règle de l'article 2276 joue ici dans sa fonction probatoire et non acquisitive. Elle ne fonde pas le transfert de propriété mais présume l'existence d'un acte translatif de propriété, et cette présomption est réfragable. Cette solution doit être approuvée. La seule remise de la chose ne doit pas suffire à opérer transfert

1461 G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983, n° 502 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 4. 2. Successions - Libéralités*, 5e édition par L. Leveneur et S. Leveneur, Montchrestien, 1999, n° 1469 ; M. GRIMALDI, *Droit civil : libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1297 ; A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, 4e édition, PUF, 2020, n° 269 ; R. SALEILLES, *De la possession des meubles : études de droit allemand et de droit français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1907, nos 101-103 ; N. PETERKA, *Les dons manuels*, préf. P. Catala, LGDJ, 2001, n° 514. Voir *contra* : retenant que l'article 2276 ne joue qu'à l'égard des tiers, et non à l'égard de celui qui allègue être l'auteur du possesseur de la chose : M. PLANIOL, note sous CA Aix, 3 février 1902, *DP* 1904. 2. 289.

1462 A. VIÉNOT, *L'article 2279 du Code civil et son application aux dons manuels*, Daix frères et Thiron, 1912, n° 70 ; J.-L. BERGEL *et al.*, *Les biens*, *op. cit.* nbp n° 1459, n° 149 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 2. 2. Biens*, 9e édition par L. Leveneur et M. De Juglart, Montchrestien, 1997, n° 1541 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : les successions, les libéralités*, 4e édition, Dalloz, 2013, n° 552 ; A. ABDEL-BAKI, *Du rôle de la possession en matière mobilière*, th. Paris, 1943, n° 280.

1463 G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les successions et les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1461, n° 502, p. 391 ; R. PONSARD, note sous CA Orléans, 3 novembre 1943, *D.* 1947. 17. Voir également, énonçant qu'à défaut d'allégation d'un contrat translatif de propriété, la possession du bénéficiaire est suspecte, de sorte que l'allégation d'un contrat translatif de propriété est une nécessité de fait : H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Tome 4. 2*, *op. cit.* nbp n° 1461, n° 1467 ; J.-L. BERGEL *et al.*, *Les biens*, *op. cit.* nbp n° 1459, n° 149.

1464 Civ. 1re, 13 octobre 1982, n° 81-14.058, *Bull. civ.* I, n° 287 ; Civ. 1re, 17 janvier 1995, n° 92-20.907, *Bull. civ.* I, n° 42; Civ. 1re, 7 juillet 2021, n° 19-23.030, inédit. Voir aussi : H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Biens*, *op. cit.* nbp n° 1462, n° 1543 ; A. ABDEL-BAKI, *Du rôle de la possession en matière mobilière*, *op. cit.* nbp n° 1462, n° 291 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp n° 1452, n° 93.

de propriété. Elle est ambiguë puisque les parties ont pu entendre vouloir un transfert définitif ou temporaire de la chose. De plus, seul le consentement du remettant justifie qu'il soit privé de sa propriété et le consentement du bénéficiaire est nécessaire pour qu'il acquière un droit de propriété sur le bien meuble corporel transféré.

836. En deuxième lieu, il faut relever que la Cour de cassation n'emploie pas, dans ce contexte, le terme d'intention libérale. Elle lui préfère celui de don manuel. Ce n'est donc pas l'intention libérale qui emporte le transfert de propriété, mais le don manuel. Nous approuvons cette solution : l'intention libérale n'est que l'intention de préférer autrui à soi-même mais n'est pas l'accord sur l'existence d'un avantage procuré[1465]. Elle n'est pas l'accord sur un transfert de propriété. Seul l'accord sur le transfert de propriété, dont elle constitue le motif, établit que le remettant a perdu la qualité de propriétaire. L'intention libérale ne peut être caractérisée qu'en présence d'un tel accord.

837. Il en ressort que la reconnaissance d'un contrat de donation est nécessaire pour que la remise de la chose produise effectivement le transfert voulu par les parties. Seul le contrat de donation peut traduire juridiquement l'opération socio-économique voulue par les parties. La qualification de contrat doit être accordée à l'accord gratuit relatif au transfert de propriété d'un bien.

838. Mais la charge de la preuve de l'absence de donation pèse sur celui qui sollicite la restitution du bien remis. La Cour de cassation retient qu'il résulte de l'article 2276 du code civil que l'existence de l'acte translatif de propriété allégué par le récipiendaire possesseur de la chose est présumée[1466]. Il appartient au revendiquant de prouver l'absence d'acte translatif de propriété.

839. Cette solution nous paraît devoir être approuvée. Nous avons déjà rencontré une difficulté relative à la charge de la preuve. Il s'agissait alors de rechercher, dans le cadre de l'action en enrichissement injustifié, s'il appartenait à l'enrichi de prouver le contrat à titre gratuit ou à l'appauvri de prouver l'absence de contrat à titre gratuit[1467]. Les présents développements qui s'interrogent sur le point de savoir s'il appartient au récipiendaire de prouver le don manuel ou au remettant de prouver l'absence de don manuel. Nous avions relevé, d'une part, un ensemble d'arguments en faveur d'une inversion de la charge de la preuve, selon laquelle il appartiendrait à l'enrichi de prouver l'existence d'un contrat à titre gratuit, et, ici, au

1465 Voir *supra*, n° 793.
1466 Voir *supra*, nbp n° 1464.
1467 Voir *supra*, n^{os} 810-814.

récipiendaire de prouver l'existence d'un don manuel : la gratuité étant anormale, lorsqu'il a été remis une chose à un titre que l'on ignore, il est plus probable que les parties se soient accordées sur un prêt que sur un don ; la preuve du fait négatif que constitue l'absence d'accord sur la restitution ou l'absence de restitution est difficile à rapporter ; l'impossibilité morale de se préconstituer une preuve de la donation permettrait au récipiendaire d'apporter sa preuve par tous moyens[1468]. Nous avions néanmoins conclu que ces arguments ne justifiaient pas une dérogation si substantielle aux principes applicables en matière de preuve : il appartient à celui qui sollicite la modification du *statu quo* de prouver le titre auquel cette modification doit être ordonnée[1469]. Il faut donc approuver la jurisprudence : de même qu'il appartient à l'appauvri de prouver l'absence de contrat à titre gratuit, il appartient au remettant de prouver l'absence de don manuel. Cette règle tempère fortement l'affirmation du principe selon lequel seul un contrat de donation transfère la propriété[1470]. En effet, la preuve de l'absence de donation sera difficile à rapporter. Il est possible que les juges du fond soient, dans le contexte d'une relation d'affection, facilement convaincus de l'existence d'un don manuel.

2. L'absence de restitution de la somme d'argent

840. Le versement d'une somme d'argent au bénéficiaire ou en paiement d'une dette du bénéficiaire doit donner lieu à une obligation de restitution ; la caractérisation d'un contrat de donation est nécessaire pour exclure cette obligation de restitution. La donation par remise d'une somme d'argent du concédant au bénéficiaire ou par paiement de la dette du bénéficiaire par le concédant a pour effet principal d'entraîner le caractère définitif de l'avantage ainsi procuré au bénéficiaire. En d'autres termes, la donation fait obstacle à la naissance d'une obligation de remboursement de la somme d'argent versée par le concédant. La caractérisation d'un contrat de donation est-elle véritablement nécessaire pour exclure cette obligation de remboursement et rendre définitif le transfert de somme d'argent ? L'application de règles extra-contractuelles ne permettrait-elle pas de consacrer le caractère définitif de ce transfert ?

1468 Voir *supra*, n^os^ 810-814. Voir toutefois, énonçant qu' « *entre le prêt et le don, aucun des deux contrats n'est plus normal - c'est à dire ni plus acquis, apparent, licite, de principe, général, supplétif, probable - que l'autre* » (J. GHESTIN et H. BARBIER, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 5^e^ édition, LGDJ-Lextenso, 2020, n^o^ 81). Voir aussi : E. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, 2^e^ édition, PUF, 2022, n^o^ 202 ; M. MEKKI, « Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1^re^ partie) », *RDC* 2008, p. 681.

1469 *Ibid*.

1470 La difficulté avait été soulignée au sujet de l'indemnisation du service rendu et de la preuve de l'accord sur l'absence de contrepartie : voir *supra*, n^o^ 814.

841. Or, selon nous, lorsque le concédant remet une somme d'argent au bénéficiaire à sa demande ou qu'il paie sa dette, cette prestation doit, en principe, donner lieu à restitution. Il ne peut être présumé que le concédant et le bénéficiaire se sont accordés sur le caractère définitif de l'avantage procuré, sur l'absence de restitution. La caractérisation d'un contrat de donation, d'un accord sur l'absence de restitution, est nécessaire pour exclure la restitution.

842. Plan. Celui qui transfère une somme à un autre, qui l'accepte, sans cause et sans que les parties se soient accordées sur l'absence de remboursement, peut en obtenir restitution (a). De même, le concédant qui, suite à un accord avec le bénéficiaire, paie sa dette, sans que les parties ne se soient accordées sur le remboursement ou l'absence de remboursement de la somme versée, peut en obtenir restitution. La restitution résulte du transfert de somme d'argent et de l'absence d'accord sur l'absence de remboursement (b). Ces solutions, qui constituent le droit commun, doivent être applicables aux concubins pour le règlement patrimonial desquels le législateur ne prévoit aucune disposition particulière. La règle selon laquelle chaque concubin supporte la charge des dépenses qu'il a exposées devrait selon nous être abandonnée (c).

a) La somme d'argent transférée au bénéficiaire

843. La donation par versement d'une somme d'argent a pour effet principal l'absence d'obligation à la charge du bénéficiaire de restituer la somme d'argent. Lorsque les parties s'accordent sur un don par versement de somme d'argent et que ce versement est effectué, la caractérisation du contrat de donation est-elle nécessaire pour exclure la restitution de la somme ?

844. Celui qui transfère une somme d'argent à autrui peut en obtenir restitution à la condition d'établir que le versement était indu. Celui qui a versé une somme d'argent à autrui et estime que ce paiement est indu peut demander sa restitution sur le fondement de l'action en restitution de l'indu[1471]. La restitution de l'indu est le quasi-contrat par lequel celui qui a versé une somme qui n'était pas due peut obtenir restitution de ce qu'il a payé.

845. La Cour de cassation énonce deux principes apparemment contradictoires. Elle énonce, d'une part, que la restitution de l'indu objectif est accordée sans qu'il soit nécessaire pour celui qui a payé d'établir le titre auquel il a payé, et en particulier de prouver qu'il a payé par

1471 Article 1301-2 du code civil : « *Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû doit le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu* ». Cette règle avait antérieurement pour siège l'article 1376 du même code.

erreur[1472]. La Cour de cassation a retenu que celle qui a payé une somme n'étant pas due est « *en droit* […] *sans être tenue à aucune autre preuve, d'en obtenir la restitution*[1473] ». La Cour de cassation retient, d'autre part, que « *la preuve de la remise de fonds à une personne ne suffit pas à justifier l'obligation pour celle-ci de les restituer*[1474] ». L'articulation de ces deux principes paraît résider dans la preuve de l'indu. La preuve de la seule remise des fonds est insuffisante pour en obtenir restitution. Toutefois, dès lors qu'est établi le caractère indu de cette remise, la restitution peut être ordonnée.

846. La preuve du défaut d'accord sur l'absence de restitution de la somme suffit à établir son caractère indu. La Cour de cassation n'a pas donné de critères permettant de caractériser l'indu. Elle a toutefois indiqué que la preuve de l'erreur ne constitue pas une condition de la restitution de l'indu et ainsi de la preuve de l'indu[1475]. Il en ressort que le seul fait que le paiement a été accompli volontairement et en connaissance de cause n'exclut pas l'indu. En l'absence de créance alléguée par le bénéficiaire du versement, l'absence d'accord sur le remboursement ou l'absence de remboursement des sommes versées paraît permettre d'établir l'indu. En effet, le silence gardé sur la contrepartie n'équivaut pas à un accord sur l'absence de contrepartie[1476]. Lorsqu'une prestation a été accomplie par le concédant au profit du bénéficiaire, à défaut d'accord sur l'absence de contrepartie, l'appauvrissement du concédant et l'enrichissement du bénéficiaire ne sont pas justifiés. De même, l'absence d'accord sur le remboursement ne vaut pas accord sur l'absence de remboursement. Les parties n'ont pas choisi d'écarter le remboursement. Leurs volontés ne se sont pas rencontrées sur l'existence ou l'absence de remboursement. L'absence de remboursement ne peut être imposée

1472 Les nouveaux textes du code civil opposent ces deux catégories d'indu : alors qu'aux termes de l'article 1302-1 du code civil, « *Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû doit le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu* », l'article 1302-2 du code civil dispose que « *Celui qui par erreur ou sous la contrainte a acquitté la dette d'autrui peut agir en restitution contre le créancier* ». Seul le second prévoit que la restitution n'est possible que lorsque le paiement a été réalisé par erreur ou sous la contrainte.

1473 Ass. plén., 2 avril 1993, n° 89-15.490, *Bull. civ.* I, n° 9 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, 13e édition, Dalloz, 2015, n° 226, p. 448 ; *D.* 1993, jur. 373, concl. M. JÉOL ; *D.* 1993. somm. 273, obs. X. PRÉTOT ; *D.* 1994. somm. 14, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1993, p. 820, obs. J. MESTRE ; *D.* 1993. chron. 229, obs. A. SÉRIAUX ; Civ. 1re, 11 avril 1995, n° 93-14.692, *Bull. civ.* I, n° 173 ; Com., 8 juin 2010, n° 09-15.009, inédit ; Civ. 1re, 9 avril 2014, n° 12-26.122, inédit. Rien ne fait obstacle à ce que la solution soit maintenue. Elle n'a pas été infirmée par l'ordonnance de réforme, et paraît notamment compatible avec l'article 1302-1 du code civil.

1474 Civ. 1re, 7 février 1961, *Bull. civ.* I, n° 86 ; Civ. 1re, 28 février 1995, n° 92-19.097, *Bull. civ.* I, n° 107 ; *D.* 1995, somm. 228, obs. R. LIBCHABER ; Civ. 1re, 8 avril 2010, n° 09-10.977, *Bull. civ.* I, n° 89 ; *JCP G* 2010, act. 436, obs. N. DISSAUX ; *Contrats, conc., consom.* 2010, comm. n° 175, note L. LEVENEUR ; *Gaz. Pal.* 10 juin 2010, p. 6, note E. PERROUX ; Civ. 1re, 20 février 2019, n° 17-29.026, inédit ; Civ. 1re, 18 mars 2020, n° 19-11.475, inédit.

1475 Voir *supra*, nbp n° 1473.

1476 Voir *supra*, nos 766-767.

au concédant que si celui-ci l'a voulue et a exprimé cette volonté. La restitution résulte donc du transfert d'une somme d'argent et de l'absence d'accord sur l'absence de remboursement.

847. La simple intention libérale déduite de la relation d'affection n'écarte pas la restitution. La Cour de cassation retient que l'*accipiens* peut résister à l'action en restitution de l'indu en établissant que le transfert a été réalisé dans une intention libérale[1477]. Quoique cette solution n'ait pas été reprise par l'ordonnance de réforme du droit des contrats du 10 février 2016, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit maintenue par la Cour de cassation. L'intention libérale fait donc obstacle à la restitution de l'indu.

848. Or, l'intention libérale n'est que le motif du concédant, son intention de préférer autrui à lui-même[1478]. Elle est le motif qui éclaire l'avantage consenti mais non l'accord sur la fourniture d'un avantage. Elle peut être présumée du seul constat de la relation d'affection, lorsque cet élément matériel, cet accord sur la fourniture d'un avantage, est établi. Mais l'intention libérale, entendue comme l'intention de préférer autrui à soi-même et déduite de la seule relation d'affection, ne peut permettre de présumer l'accord des parties sur la nature de l'avantage fourni. En d'autres termes, le constat d'une relation d'affection permet de présumer qu'un avantage consenti est motivé par l'intention libérale mais ne permet pas de présumer que les parties se sont accordées sur la fourniture d'un avantage. En matière de remise de somme d'argent, l'intention libérale n'établit pas l'accord sur le caractère définitif du transfert.

849. Seul l'accord sur l'absence de remboursement, lequel caractérise le contrat de donation, exclut la restitution de la somme versée. L'intention libérale seule est impropre à écarter la restitution. Seule l'existence d'un accord sur un transfert de somme d'argent et sur son caractère définitif, c'est-à-dire sur l'absence de restitution, exclut le remboursement. Cet accord, qui constitue une manifestation de l'intention de produire un effet de droit, l'absence de restitution, et le produit effectivement, peut être qualifié de contrat. La qualification de

1477 Soc., 27 janvier 2016, n° 14-11.860, inédit. Voir aussi, *a contrario* : Com., 29 septembre 2015, n° 13-28.501, inédit ; Civ. 1re, 20 décembre 2017, n° 16-19.224, inédit ; Soc., 21 mars 2018, n° 16-21.021, *Bull. civ.* V, n° 42. Voir encore : J. CARBONNIER, *Droit civil. 2. Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, n° 1218 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, 4e édition, PUF, 2019, n° 534 ; N. CATALA, *La nature juridique du payement*, th. Montpellier, 1960, n° 222 et 249 ; Y. LOUSSOUARN, « La condition d'erreur du solvens dans la répétition de l'indu », *RTD civ*. 1949, p. 228 ; J. GHESTIN, « L'erreur du solvens, condition de la répétition de l'indu », *D.* 1972. chron 277, p. 280 ; I. DEFRÉNOIS-SOULEAU, « La répétition de l'indu objectif. Pour une application sans erreur de l'article 1376 du code civil », *RTD civ.* 1989, p. 243, n° 4 et 32 ; W. DROSS, « L'article 1377 du code civil a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? », *in Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ-Lextenso éditions, 2009, p. 109 s., nos 2 et 25 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, 13e édition, Dalloz, 2015, n° 241, p. 520, spéc. n° 9.

1478 Voir *supra*, n° 793.

contrat à titre gratuit est donc nécessaire pour traduire, en droit, l'opération voulue par les parties.

b) La somme d'argent transférée en paiement de la dette du bénéficiaire

850. La donation par paiement de la dette d'autrui a pour effet principal l'absence de restitution par le bénéficiaire libéré de la somme versée par le concédant. Chacun peut payer la dette d'autrui[1479]. Le paiement de la dette d'autrui libère ce dernier envers le créancier[1480]. Le concédant qui paie la dette du bénéficiaire lui procure un avantage. Si le concédant peut exercer un recours contre le bénéficiaire et obtenir remboursement des sommes versées, l'avantage, ponctuel, consiste dans l'affectation temporaire de la somme d'argent au profit du bénéficiaire. Si tout recours est exclu, il consiste dans le transfert définitif du bénéfice de la somme d'argent. En d'autres termes, l'admission du recours fait jouer au paiement de la dette d'autrui le rôle d'un prêt, tandis que le refus du recours postérieur l'apparente à un don. Lorsque les parties s'accordent sur un don par paiement de la dette du bénéficiaire et que ce paiement est accompli, la caractérisation du contrat de donation est-elle nécessaire pour exclure la restitution de la somme versée par le concédant[1481] ?

851. Il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation que le concédant ne peut obtenir restitution qu'à la condition d'établir que le bénéficiaire s'était contractuellement engagé à celle-ci, sans que la preuve de l'absence de donation puisse fonder la demande de restitution. En droit positif, le seul constat de l'absence de contrat par lequel le bénéficiaire, débiteur libéré, s'est engagé à rembourser le concédant, *accipiens*, suffit à écarter la restitution. La Cour de cassation juge avec constance « *qu'il incombe à celui qui a sciemment acquitté la dette d'autrui, sans être subrogé dans les droits du créancier de démontrer que la cause dont procédait ce paiement impliquait, pour le débiteur, l'obligation de lui rembourser les sommes ainsi versées*[1482] ». Dans le cadre de relations informelles telles que les relations d'affection, aucune cause ne paraît impliquer l'obligation pour le débiteur libéré de rembourser les sommes versées.

1479 Article 1342-1 du code civil. Voir antérieurement : article 1326 ancien du code civil

1480 *Ibid.*

1481 Sur la qualification de donation de l'avantage résultant de la prescription de l'action récursoire, voir *infra*, n° 899.

1482 Civ. 1re, 2 juin 1992, n° 90-19.374, *Bull. civ.* I, n° 67 ; *JCP G* 1992. I. 3632, n° 5, obs. M. BILLIAU ; *RTD civ.* 1993, p. 130, obs. J. MESTRE ; *D.* 1992, somm. p. 407, obs. P. DELEBECQUE ; Civ. 1re, 9 février 2012, n° 10-28.475, *Bull. civ.* I, n° 25 ; *JCP G* 2012, act. 200, obs. B. WALTZ ; *Gaz. Pal.* 2012, p. 796, note S. PIEDELIÈVRE ; *RDC* 2012, p. 831, obs. J. KLEIN ; Civ. 3e, 21 décembre 2017, n° 16-14.753, inédit ; Civ. 1re, 6 mars 2019, n° 18-11.819, inédit.

852. Le concédant ne peut se fonder sur l'enrichissement injustifié. La Cour de cassation considère en effet que celui qui a payé la dette d'autrui ne peut solliciter le remboursement des sommes versées en paiement de la dette d'autrui sur le fondement de l'enrichissement injustifié[1483]. Lorsque l'enrichissement consiste dans la libération du débiteur et l'appauvrissement dans le versement de sommes au créancier, la Cour de cassation interdit au concédant de solliciter l'indemnisation de son appauvrissement sur le fondement de l'enrichissement injustifié.

853. Le concédant ne peut davantage fonder son action sur la gestion d'affaires[1484]. La gestion d'affaires est, en effet, soumise à une condition de spontanéité[1485]. Elle n'est caractérisée que lorsque la gestion a été accomplie « *à l'insu ou sans opposition* » du maître de l'affaire. Elle est donc exclue lorsque la gestion fait suite à un accord entre les parties[1486].

854. Il en ressort que celui qui a volontairement payé la dette d'autrui en exécution d'un accord avec le débiteur ne peut obtenir d'indemnisation sur le fondement quasi-contractuel. Hors cas de subrogation[1487], le concédant doit prouver l'existence d'un contrat le liant au bénéficiaire et fondant l'obligation pour ce dernier de le rembourser. En conséquence, la qualification contractuelle d'une donation n'est pas nécessaire. Le seul constat de l'absence de contrat obligeant le bénéficiaire à rembourser exclut toute obligation de remboursement.

855. Cette jurisprudence est critiquable : le concédant qui a payé la dette du bénéficiaire à la suite d'un accord avec ce dernier doit pouvoir obtenir remboursement sur le fondement de l'enrichissement injustifié. La jurisprudence semble pouvoir être expliquée par le refus de permettre au concédant un remboursement sur le principe duquel il aurait pu exiger un engagement du bénéficiaire. En effet, lorsque le paiement est utile mais non sollicité par le bénéficiaire, il semble pouvoir faire l'objet d'un remboursement sur le fondement de la gestion d'affaires[1488]. Lorsque le concédant paie volontairement à la suite d'un accord conclu avec le bénéficiaire, son remboursement est refusé. Pourtant, un tel paiement est nécessairement utile : le fait qu'il ait été sollicité par le bénéficiaire établit que celui-ci accordait une valeur à ce paiement. Ainsi, la Cour de cassation considère qu'il appartient à celui qui paie

1483 Civ. 1re, 5 mars 2015, nº 13-26.549, inédit. Voir aussi : Com., 13 janvier 2009, nº 07-17.962, inédit.
1484 Sur la gestion d'affaires, voir *infra*, nº 880.
1485 Voir *infra*, nº 881.
1486 Voir ainsi, censurant une cour d'appel ayant retenu la gestion d'affaires tout en ayant constaté que celui qui se prétendait gérant pour avoir payé la dette d'autrui « *avait été chargé de régler en France les factures du couple, ce dont il résultait que sa gestion n'avait pas été entreprise spontanément* » : Civ. 1re, 22 octobre 2009, nº 08-18.331, inédit.
1487 Sur la subrogation, voir : articles 1346 à 1346-5 du code civil.
1488 Civ. 1re, 12 janvier 2012, nº 10-24.512, *Bull. civ.* I, nº 4.

la dette d'autrui sur demande du bénéficiaire d'exiger de celui-ci un engagement à le rembourser et de se préconstituer la preuve de cet engagement.

856. Mais l'absence d'accord sur le remboursement ou l'absence de remboursement des sommes versées permet d'établir l'absence de justification de l'enrichissement du débiteur libéré et caractérise l'enrichissement injustifié. De même que l'absence d'accord sur l'absence de contrepartie ne vaut pas accord sur l'absence de contrepartie[1489], le défaut d'accord sur l'absence de remboursement de la somme exposée en paiement de la dette d'autrui ne vaut pas accord sur l'absence de remboursement. En d'autres termes, l'absence d'obligation de rembourser les sommes exposées doit résulter de la volonté du concédant et du bénéficiaire. Il devrait, exister, selon nous, une obligation de restitution résultant du seul paiement de la dette d'autrui, avec son accord, conjugué à l'absence d'accord sur l'absence de remboursement de la somme versée.

857. L'existence d'une donation, et non la seule intention libérale, fait obstacle à cette action. En droit positif, l'intention libérale fait obstacle à la demande de remboursement de celui qui a payé la dette d'autrui[1490]. Toutefois, selon nous, l'intention libérale devrait être distinguée de l'accord sur le caractère définitif de l'avantage procuré. Elle n'est ni l'accord sur l'absence de contrepartie[1491], ni l'accord sur l'absence de remboursement d'une somme versée[1492]. Elle n'est que l'intention de préférer autrui à soi-même qui colore ces accords. Seul l'accord sur l'absence de remboursement de la somme versée fait obstacle à l'action en enrichissement injustifié. Cet accord constitue une donation. La qualification de donation est donc nécessaire pour concrétiser juridiquement l'opération socio-économique voulue par les parties.

c) L'absence d'exception en matière de concubinage

858. La règle selon laquelle chaque concubin supporte les dépenses de la vie courante qu'il a engagées est critiquable. Selon la Cour de cassation, la relation d'affection entretenue par les concubins justifie le refus de l'indemnisation des dépenses engagées au titre des charges de la vie courante. La Cour de cassation retient ainsi qu' « *aucune disposition légale ne règlant*

1489 Voir *supra*, n° 846.
1490 Civ. 1re, 24 novembre 1965, *Bull. civ.* I, n° 644. Voir aussi : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, Pichon, 1900, n° 501 ; A. RICHARD, *Le paiement de la dette d'autrui*, préf. J.-B. Donnier, PUAM, 2007, n° 325.
1491 Voir *supra*, n° 792.
1492 Voir *supra*, n° 848.

la contribution des concubins aux charges de la vie commune, de sorte que chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a engagées[1493] ». Cette règle exclut l'indemnisation de frais divers, tels que le paiement des loyers, des charges et des achats de mobilier[1494]. Ont également été qualifiés de frais de la vie courante le financement de l'achat et de travaux sur l'immeuble constituant le logement familial, quand bien même celui-ci n'appartiendrait qu'à l'un des concubins[1495].

859. La Cour de cassation présente cette règle comme un principe, en l'opposant aux dispositions légales qui règlent la contribution des époux et des partenaires de PACS aux charges de la vie courante. Or, selon nous, le principe est l'indemnisation des prestations. Par conséquent, la règle retenue par la Cour de cassation constitue une règle spécifique aux concubins. Elle leur interdit de se fonder sur le droit commun pour obtenir l'indemnisation des dépenses assumées au profit de l'autre[1496]. Cette solution nous paraît donc constituer une règle d'exception, applicable uniquement aux concubins en raison de l'existence d'une relation d'affection.

860. Il convient donc de vérifier que cette exception qui impose à chacun des concubins de supporter les dépenses de la vie courante qu'il a engagées est justifiée. Cette règle attribue à l'un des concubins des dépenses exposées dans l'intérêt des deux. Certes, elle simplifie le règlement des intérêts patrimoniaux des concubins en excluant toute demande d'indemnisation postérieure[1497]. Cette exclusion peut être juste s'il est présumé soit que les concubins ont réparti également le paiement des charges de la vie commune, soit que le concubin qui a exposé la

1493 Civ. 1re, 19 mars 1991, nº 88-19.400 ; *Bull. civ*. I, nº 92 ; *Defrénois* 1991, art. 35088, p. 942, obs. J. MASSIP ; *RTD civ*. 1991, p. 507, obs. J. HAUSER ; Civ. 1re, 17 octobre 2000, nº 98-19.527, *Bull. civ.* I, nº 244 ; *Dr. famille* 2000, comm. 139, comm. B. BEIGNIER ; *JCP N* 2001, p. 1822, obs. T. GARÉ ; *D*. 2001. 497, note R. CABRILLAC ; *RJPF* janvier 2001, p. 17, note F. VAUVILLÉ ; *Defrénois* 2001, art. 37287, p. 93, obs. J. MASSIP ; *D*. 2002. 611, obs. J.-J. LEMOULAND ; Civ. 1re, 19 décembre 2018, nº 18-12.311 ; *AJ fam*. 2019, p. 94, obs. J. HOUSSIER ; *Dr. famille* 2019, comm. 40, comm. S. BEN HADJ YAHIA ; *Gaz. Pal*. 19 février 2019, p. 20, note S. MIRABAIL ; *RJPF* mars 2019, p. 24 note M. JAOUL ; Civ. 1re, 8 juillet 2020, nº 19-12.250, inédit.

1494 Civ. 1re, 17 octobre 2000, nº 98-19.527, *Bull. civ.* I, nº 244 et Civ. 1re, 8 juillet 2020, nº 19-12.250, inédit, cités nbp précédente.

1495 Civ. 1re, 24 septembre 2008, nº 06-11.294, *Bull. civ.* I, nº 211 ; Civ. 1re, 2 septembre 2020, nº 19-10.477, *Bull. civ.* I, p. 342 ; *D*. 2020. 2444, note F. HARTMAN ; *ibid*. 2021. 499, obs. M. DOUCHY-OUDOT ; *ibid*. 819, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *RDI* 2020, p. 591, obs. L. TRANCHANT ; *AJ fam.* 2020, p. 531, obs. M. SAULIER ; *JCP N* 2020, p. 1254, comm. H. PÉRINET-MARQUET ; *Dr. famille* 2020, comm. 143, comm. S. BEN HADJ YAHIA ; *RJPF* octobre 2020, note E. FRAGU ; *Gaz. Pal*. 24 novembre 2020, p. 61, note J. LAURENT ; JCP G 2020, doctr. 1233, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; *Dr. famille* 2020, comm. 9, comm. L. MAUGER-VIELPEAU ; *JCP N* 2020, p. 755, obs. F. GASNIER ; *Defrénois* 3 décembre 2020, p. 36, obs. I. DAURIAC.

1496 F. CHÉNEDÉ, note sous Civ. 1re, 28 novembre 2006, *AJ fam.* 2007, p. 33.

1497 J. MASSIP, obs. sous Civ. 1re, 19 mars 1991, nº 88-19.400, *Bull. civ.* I, nº 92, *Defrénois* 1991, p. 942.

majorité des dépenses est aussi celui qui disposait des ressources les plus importantes. Rien ne permet de soutenir que cette présomption est justifiée.

861. À l'inverse, l'application de ce qui constitue selon nous le droit commun conduit à attribuer à chacun le coût des prestations, en ce compris les charges de la vie commune, à proportion de ce dont il a bénéficié. *A priori*, notre analyse impose à chacun de contribuer à part égale à ces charges. Il semble conforme à l'idée d'indépendance des concubins[1498]. Dès lors que les prestations mutuellement fournies par les concubins se compensent, il conduit à l'indemnisation de la sur-contribution d'un concubin par rapport à l'autre[1499]. L'application du droit commun n'aligne pas pour autant le régime du concubinage sur celui du PACS et du mariage[1500]. Les partenaires de PACS et les époux sont tenus de contribuer aux charges du ménage à proportion de leurs facultés contributives, ce qui justifie que le rejet des demandes de remboursement de sommes exposées à ce titre[1501]. De plus, les sacrifices consentis au sein du foyer durant le mariage se voient indirectement compensés par l'octroi de la prestation compensatoire[1502]. Les concubins supporteraient ces charges à proportion du bénéfice qu'ils en ont retirés. L'application d'un principe d'indemnisation des prestations réciproques paraît donc conforme à l'esprit du concubinage.

862. Une réserve doit toutefois être apporté. Il s'agit de l'impératif de protection du concubin ou de la concubine vulnérable, et notamment victime de violences. L'obligation d'indemniser pourrait porter atteinte à la liberté de mettre un terme à la relation[1503]. Il convient donc de

1498 Pour cette idée, voir par exemple : S. BEN HADJ YAHIA, comm. sous Civ. 1re, 2 septembre 2020, no 19-10.477, *Dr. famille* 2020, comm. 143.

1499 J. HOUSSIER, note sous Civ. 1re, 19 décembre 2018, *AJ fam.* 2019, p. 94. Voir aussi, soutenant qu'il peut être décelé dans la jurisprudence de la Cour de cassation une évolution aboutissant à la reconnaissance d'une obligation de contribution aux charges du ménage, laquelle permettrait l'indemnisation de la sur-contribution d'un concubin : M. SAULIER, « Les concubins peuvent-ils s'abstenir de contribuer aux charges du ménage ? », *AJ fam.* 2018, p. 457 ; M. JAOUL, note sous Civ. 1re, 19 décembre 2018, *RJPF* mars 2019, p. 24.

1500 Le refus d'un tel alignement pourrait justifier la solution de la Cour de cassation, qui refuserait que les concubins s'appuient sur les outils du droit commun bénéficier d'un régime proche de celui du mariage ou du PACS : F. CHÉNEDÉ, note sous Civ. 1re, 28 novembre 2006, no 04-15.480, *Bull. civ.* I, no 517, *AJ fam.* 2007, p. 33.

1501 Voir par exemple : Civ. 1re, 15 mai 2013, n° 11-26.933, *Bull. civ.* I, no 194 ; *D.* 2013. 1208, obs. V. BRÉMOND ; *ibid.*, 2014. 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *ibid.* 2014. 1905, obs. J. REVEL ; *AJ fam.* 2013, p. 383, obs. S. BLANC-PELISSIER ; *RTD civ*. 2013, p. 582, obs. J. HAUSER ; *ibid.* 2014, p. 698, obs. B. VAREILLE ; Civ. 1re, 21 janvier 2021, no 19-26.140, *Bull. civ.* I, p. 185 ; *D.* 2021. 668, note C. GOLDIE-GENICON.

1502 Voir aussi, relevant que la prise en compte pour la détermination de la prestation compensatoire des sacrifices professionnels consentis par les époux durant le mariage joue en faveur de la reconnaissance du travail domestique et parental, voir : A.-M. LEROYER, note sous Civ. 1re, 7 novembre 2018, inédit, *RTD civ*. 2019, p. 85.

1503 Voir en ce sens, préconisant le jeu de l'obligation naturelle en faveur de la protection des femmes en situation de vulnérabilité financière : K. BELLIS, « Pour un principe de refus des remboursements et indemnités à la séparation d'un couple de concubins », *AJ fam.* 2021, p. 620.

nuancer le principe d'indemnisation. Certes, la règle jurisprudentielle selon laquelle chacun des concubins conserve la charge des dépenses de la vie courante qu'il a engagées doit, selon nous, être abandonnée[1504]. Mais elle devrait, également, se voir substituer une règle protectrice du concubin vulnérable lors de la rupture du concubinage.

863. L'indemnisation sur le fondement de l'enrichissement injustifié ne doit être exclue que lorsque l'appauvri a agi dans la perspective exclusive de son profit et à ses risques et périls. Avant l'ordonnance de réforme du droit des contrats du 10 février 2016, la Cour de cassation retenait, dans le cadre de l'action en enrichissement injustifié, qu'était exclue l'indemnisation de celui qui avait agi dans la perspective exclusive de son profit et à ses risques et périls[1505]. L'ordonnance de réforme du droit des contrats du 10 février 2016 a étendu cette exception. En effet, l'article 1303-2 du code civil dispose, en son alinéa premier, qu'« *Il n'y a pas lieu à indemnisation si l'appauvrissement procède d'un acte accompli par l'appauvri en vue d'un profit personnel*. » Cette formulation a étendu l'exception jurisprudentielle[1506]. Elle paraît démesurément large. En effet, l'indemnisation doit être admise lorsque l'appauvri a agi dans l'intérêt qui lui est commun avec l'enrichi. Le droit civil reconnaît d'ailleurs l'existence d'actes réalisés dans l'intérêt commun de leur auteur et d'un tiers et le partage de leur bénéfice. La gestion d'affaires peut être partiellement intéressée[1507]. De même, la théorie des impenses distingue la dépense somptuaire, qui « *ne vise qu'à satisfaire les goûts personnels du possesseur* », et la dépense utile qui, en apportant une plus-value au bien, bénéficie à la fois à son détenteur et à son propriétaire[1508]. Le refus de l'indemnisation de l'enrichissement injustifié

1504 *Contra* : F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON, D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, 9e édition, Dalloz, 2018, nº 394 ; V. ÉGÉA, *Droit de la famille*, 4e édition, LexisNexis, 2022, nº 624. Voir également *contra*, retenant que « *l'enrichissement sans cause n'a pas vocation à permettre l'établissement de comptes entre les concubins, ni 'assurer un remboursement de la moitié des dépenses engagées pendant la vie commune* » : L. PIZARRO, *Le traitement juridique de la rupture du couple. Réflexion sur l'émergence d'un droit commun de la rupture du couple*, préf. I. Barrière-Brousse, Defrénois, 2017, nº 399. Voir encore *contra*, préconisant la consécration d'une obligation des concubins de contribuer aux charges de la vie courante (nº 351) et d'un quasi-contrat de participation aux acquêts pour la liquidation des intérêts patrimoniaux des concubins (nº 453) : M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. Leroyer, IRJS éditions, 2017.

1505 Voir par exemple : Civ. 1re, 19 octobre 1976, nº 75-12.419, *Bull. civ.* I, nº 300 ; Civ. 3e, 20 mai 2009, nº 08-10.910, *Bull. civ.* I, nº 116 ; Civ. 1re, 1er juillet 2020, nº 19-15.089, inédit ; Civ. 1re, 10 mars 2021, nº 19-24.716, inédit.

1506 F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit*. nbp nº 1487, nº 1308 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, 2e édition, Dalloz, 2018, n° 751.

1507 L'article 1301-4 du code civil dispose en effet que : « *L'intérêt personnel du gérant à se charger de l'affaire d'autrui n'exclut pas l'application des règles de la gestion d'affaires. Dans ce cas, la charge des engagements, des dépenses et des dommages se répartit à proportion des intérêts de chacun dans l'affaire commune*. » Sur la gestion d'affaires, voir *infra*, nº 880.

1508 Selon cette théorie, le possesseur de bonne foi contraint de restituer la chose suite à l'action en revendication ne peut être indemnisé que de certaines dépenses : W. DROSS, *Les choses*, *op. cit.* nbp nº 1458, nº 66.

au seul motif de l'intérêt personnel poursuivi par l'appauvri, même de manière non exclusive, est ainsi critiquable. Dès lors qu'une personne a agi dans l'intention au moins partielle d'avantager autrui, de surcroît à la demande de ce dernier, elle lui a fourni un avantage qui doit faire l'objet d'une indemnisation. L'article 1303-2 du code civil devrait donc voir son application limitée à la seule hypothèse dans laquelle l'appauvri a agi en vue d'un profit exclusivement personnel.

864. La communauté de vie ne suffit pas à exclure l'indemnisation des sommes exposées en règlement des travaux apportant une amélioration à l'immeuble constituant le logement commun. La Cour de cassation a de surcroît exclu l'indemnisation du concédant ayant financé les travaux d'amélioration du logement familial dont son concubin était propriétaire aux motifs que le concédant avait agi dans son intérêt personnel[1509]. Le seul fait que le concédant réside dans l'immeuble, propriété de son concubin, ne peut cependant suffire à établir qu'il en a financé les travaux « *en vue d'un profit personnel* » au sens de l'article 1303-2 du code civil. Il convient en effet de rechercher si ces travaux ont apporté une plus-value à l'immeuble ou s'ils ont été réalisés pour le seul agrément du concédant[1510]. Les sommes d'argent versées par le concédant au bénéficiaire ou en règlement de la dette de ce dernier doivent, en principe, faire l'objet d'une restitution.

865. Seule la caractérisation d'un accord sur l'absence de restitution exclut celle-ci. Cet accord concrétise l'opération socio-économique voulue par les parties. Il constitue une donation. La qualification contractuelle de la donation est donc requise pour faire produire à celle-ci son effet principal, le caractère définitif du transfert de la chose donnée. Elle l'est également, en matière de prêt ou de dépôt, pour déterminer les effets afférents à la détention de la chose.

1509 Civ. 1re, 24 septembre 2008, no 07-11.928, *Bull. civ.* I, no 212 ; Civ. 1re, 18 mars 2015, no 14-11.039, inédit.

1510 Voir en ce sens, considérant qu'une cour d'appel a justifié sa décision en jugeant « *que les dépenses supportées par Mme S... l'avaient appauvrie et avaient enrichi Mme V..., apportant une plus-value à sa villa, excluant ainsi nécessairement que cet appauvrissement ait procédé d'un acte accompli par Mme S... à ses risques et périls et dans son intérêt personnel* » (Civ. 1re, 10 mars 2021, no 19-24.716, inédit). Voir encore, retenant qu'a justifié sa décision la cour d'appel ayant écarté l'indemnisation au motif que « *les travaux litigieux, destinés à faciliter l'accueil des enfants de M. X..., avaient été réalisés dans le seul intérêt de celui-ci, et estimé que la preuve de la plus-value apportée à l'immeuble n'était pas rapportée* » (Civ. 1re, 5 mars 2015, no 13-26.549, inédit).

B. LE CONTRAT DE PRÊT OU DE DÉPÔT, DÉTERMINANT DES CONSÉQUENCES DE LA DÉTENTION DE LA CHOSE

866. Alors que la doctrine doute de la qualification contractuelle de l'accord sur une prestation gratuite, nous soutenons que tout contrat, en ce compris le contrat de prêt et de dépôt. De nombreux auteurs considèrent que l'accord sur l'assistance bénévole ne constitue pas un contrat. Leurs arguments, retirés de l'absence d'intention de produire des effets de droit et de l'absence d'effets de droit, pourraient être étendus à l'ensemble des contrats à titre gratuit. Nous cherchons donc à établir si l'accord gratuit produit des effets de droit.

867. Selon nous, l'obligation de restitution de la chose, obligation essentielle des contrats de prêt et de dépôt, résulte de la seule absence de contrat translatif de propriété. La présentation habituelle des contrats de prêt et de dépôt leur reconnaît pour effet principal la naissance d'une obligation de restitution à la charge de l'emprunteur et du dépositaire. Ainsi qu'il vient d'être soutenu, la remise de la chose seule n'emporte pas transfert de propriété. Elle n'exclut pas la restitution. Le remettant peut se fonder sur sa qualité de propriétaire du bien remis et exercer l'action en revendication. Il peut exercer l'action en restitution de l'indu contre le récipiendaire de la somme d'argent et se fonder sur l'enrichissement injustifié du débiteur dont il a payé la dette. Il lui est uniquement demandé de prouver l'absence d'accord sur l'absence de restitution. L'existence d'un contrat de prêt et de dépôt n'est donc pas nécessaire pour obtenir la restitution du bien ou de la somme d'argent transféré. Il pourrait en résulter que les contrats de prêt et de dépôt ne produisent aucun effet de droit et, qu'en conséquence, l'accord informel relatif au prêt ou au dépôt devrait ne pas être qualifié de contrat.

868. Plan. Nous soutiendrons toutefois que les conséquences de la perte ou de la détérioration de la chose (1.) et le devenir des fruits (2.) sont déterminés par référence à la finalité du transfert de détention de la chose laquelle résulte de l'accord des parties.

1. Obligation de conservation et conséquences de la perte ou de la détérioration de la chose
2. Propriété des fruits produits par la chose

1. Obligation de conservation et conséquences de la perte ou de la détérioration de la chose

869. Le prêt et le dépôt font naître une obligation de conserver la chose prêtée ou déposée. Le code civil prévoit un régime général de l'obligation de conservation de la chose d'autrui. En effet, tout débiteur d'une obligation contractuelle de transmettre à autrui une chose

qui lui appartient est tenu d'une obligation de conserver la chose[1511]. Si la chose est détériorée par sa faute, il en doit indemnisation au propriétaire. Plus précisément, en cas de dégradation de la chose, il appartient au débiteur de prouver qu'il n'a pas manqué à son obligation de conservation[1512]. Lorsqu'il est mis en demeure de délivrer la chose, il est tenu de toutes les détériorations, peu important qu'elles résultent de sa faute[1513]. À ce régime général dérogent des dispositions spéciales à l'emprunteur et au dépositaire. L'emprunteur doit « *veiller raisonnablement*[1514] » à la conservation. Il n'est tenu de la détérioration survenue par cas fortuit que s'il « *aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne*[1515] ». 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*.[1516] » Le régime de l'obligation de conservation et des restitutions dépend donc du titre, prêt ou dépôt, auquel a été remis la chose.

870. Si la qualification contractuelle de l'accord sur le prêt ou le dépôt était écartée, l'indemnité due par le détenteur de la chose d'autrui en cas de dommage survenu durant cette possession constituerait une alternative à l'obligation contractuelle de conserver la chose prêtée. Il pourrait être envisagé de substituer à ces obligations de conservation contractuelles un régime extra-contractuel fondé sur l'indemnisation due par le restituant de la chose d'autrui en cas de dégradation de cette chose. En effet, le code civil contient un régime général de la restitution à autrui d'une chose qui lui appartient. Ce régime prévoit l'hypothèse où la chose restituée a subi des dégradations. Selon l'article 1352-1 du code civil, le restituant de mauvaise foi est tenu de toutes les dégradations. Mais le restituant de bonne foi n'est tenu que des dégradations qui résultent de sa faute[1517]. Or, on pourrait considérer que, lorsque le

1511 Article 1197 du code civil : « *L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable*. »

1512 Article 1342-5 du code civil : « *Le débiteur d'une obligation de remettre un corps certain est libéré par sa remise au créancier en l'état, sauf à prouver, en cas de détérioration, que celle-ci n'est pas due à son fait ou à celui de personnes dont il doit répondre.* »
Sur les difficultés d'articulation de cet article avec l'article 1197 du code civil, voir par exemple : O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.* nbp n° 1518, p. 478-479. Voir aussi, sur l'interprétation des anciens articles 1136, 1137, 1138, 1245 et 1302 du code civil : J. HUET *et al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp n° 1518, n°s 22143 à 22145 ; P. RÉMY, obs. sous Civ. 1re, 10 janvier 1990, n° 87-20.231, *Bull. civ.* I, n° 6 ; *RTD civ.* 1990, p. 517.

1513 Article 1344-2 du code civil dispose que « *La mise en demeure de délivrer une chose met les risques à la charge du débiteur* ».

1514 Article 1880 du code civil.

1515 Article 1882 du code civil.

1516 Article 1927 du code civil.

1517 Article 1352-1 du code civil : « *Celui qui restitue la chose répond des dégradations et détériorations qui en ont diminué la valeur, à moins qu'il ne soit de bonne foi et que celles-ci ne soient pas dues à sa faute*. »

propriétaire de la chose l'a volontairement remise à autrui afin qu'il l'utilise ou qu'il la conserve, le restituant est de bonne foi. De surcroît, on pourrait retenir que la faute du restituant est appréciée différemment selon que celui-ci a bénéficié d'une tolérance d'usage ou a toléré que la chose lui soit remise à titre de conservation. Le régime général de la restitution résultant du fait matériel de la détention d'une chose d'autrui pourrait se substituer au régime de l'obligation contractuelle de restitution. Enfin, le récipiendaire d'un corps certain n'est pas davantage tenu d'indemniser l'usure subie par la chose[1518]. Le régime général de l'obligation de restitution d'un corps certain pourrait, dès lors, se substituer au régime de l'obligation de conservation et de restitution dans le prêt ou le dépôt.

871. Mais le contenu de l'accord entre les parties est déterminant de l'appréciation de la bonne foi du restituant, condition de la responsabilité en cas de détérioration de la chose. Si l'on peut considérer que l'emprunteur et le dépositaire peuvent être assimilés au restituant de bonne foi, c'est en raison de deux caractéristiques : d'une part, il existe un accord entre le remettant et le récipiendaire restituant aux termes duquel ce dernier se voit transférer la détention du bien, d'autre part, la bonne foi est entendue au sens de la légitime détention du bien. Il en ressort que c'est parce que les parties ont conclu un accord relatif à la détention de la chose que le récipiendaire est considéré comme un détenteur de bonne foi. Les parties ont ainsi manifesté la volonté de transférer la détention de la chose au récipiendaire et cette manifestation de volonté a pour effet d'assimiler le récipiendaire à un détenteur de bonne foi. Cette qualification résulte de la manifestation de volonté. C'est parce que l'accord des parties légitime la détention par le récipiendaire de la chose du remettant que ce dernier n'est tenu que de sa faute. L'existence d'un accord est donc la condition de l'exclusion de l'indemnisation, par le restituant de la chose d'autrui, des détériorations causées par un cas fortuit.

872. L'accord sur le prêt ou le dépôt est déterminant dans l'appréciation de la faute de conservation du détenteur de la chose d'autrui. La faute de conservation ne peut être définie précisément. La conservation, activité essentiellement préventive[1519], varie selon la nature du bien. Il peut s'agir simplement d'une attitude passive, qui consiste à souffrir qu'une chose demeure dans un local. Cependant, la conservation peut également prendre la forme d'une

1518 L'absence d'indemnité d'usure paraît pouvoir être justifiée, comme pour le dépôt, par l'absence de droit d'usage, dont le corollaire est la restitution de l'usage : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, *op. cit.* nbp n° 1518, n° 1064. F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2e édition, Dalloz, 2018, n° 215.13. *Contra* : O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2e édition, LexisNexis, 2018, p. 812.

1519 C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation en droit civil français*, préf. P. Malinvaud, PUAM, 2003, n° 433.

activité positive[1520], telle que l'administration de soins et de surveillance, voire la réparation en vue d'éviter l'aggravation[1521].

873. C'est le contenu de l'accord entre les parties qui détermine celui de l'obligation de conservation. Emprunteur et dépositaire s'engagent à des degrés de diligence différents. En premier lieu, l'emprunteur s'engage à conserver la chose en personne raisonnable[1522], alors que le dépositaire ne s'engage qu'à conserver la chose comme il conserverait les siennes propres - ou tel qu'une personne raisonnable, s'il est plus diligent qu'une personne raisonnable[1523]. En deuxième lieu, le code civil précise que l'emprunteur ne se voit rembourser que les dépenses nécessaires et urgentes[1524]. Il en résulte que pour l'emprunteur, se comporter en personne raisonnable signifie prendre les mesures nécessaires et urgentes, c'est-à-dire agir en cas de péril imminent, avertir le prêteur des mesures nécessaires et non urgentes, et de manière générale, user de la chose en personne raisonnable, sans causer de risque de danger. Au contraire, le dépositaire est indemnisé de l'ensemble des dépenses exposées[1525] : il doit ne pas créer de danger autour de la chose et prendre les mesures nécessaires pour la conservation de la chose,

---

1520 A. TUNC, *Le contrat de garde*, préf. A. Solus, Jouve, 1941, n° 4.

1521 C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation en droit civil français*, *op. cit.* nbp n° 1519, n° 433 ; S. BERNHEIM-DESVAUX, *La responsabilité contractuelle du détenteur d'une chose corporelle appartenant à autrui*, préf. G. Viney, PUAM, 2003, n^os^ 109-116.

1522 Article 1880 du code civil. Voir par exemple : Civ. 1re, 10 octobre 1995, n° 91-20.920, *Bull. civ.* I, n° 353.

1523 Article 1927 du code civil. À notre connaissance, seul un arrêt a été rendu concernant un dépositaire à titre gratuit : la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir retenu la responsabilité du gendre auquel son beau-père avait confié des titres au porteur, et qui les avait placés dans des locaux réquisitionnés par l'armée allemande. Elle a rejeté le pourvoi qui faisait valoir que le gendre apportant peu de soins à ses propres affaires, sa responsabilité ne pouvait être engagée (Civ. 1re, 20 décembre 1966, *Bull. civ.* I, n° 555). L'appréciation de la faute par la Cour de cassation paraît similaire en matière de dépôt onéreux. La Cour de cassation a ainsi énoncé que « *si le dépositaire n'est tenu que d'une obligation de moyens, il lui incombe, en cas de détérioration de la chose déposée, de prouver qu'il y est étranger, en établissant qu'il a donné à cette chose les mêmes soins que ceux qu'il aurait apportés à la garde de celles qui lui appartiennent* » (Civ. 1re, 22 mai 2008, n° 06-17.863, *Bull. civ.* I, n° 143 ; *D.* 2008. 1550, obs. X. DELPECH ; *Contrats, conc., consom.* 2008, comm. 223, obs. L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2008, p. 1953 obs. R. LIBCHABER ; Civ. 1re, 14 octobre 2010, n° 09-16.967, *Bull. civ.* I, n° 198).

1524 Article 1890 du code civil : « *Si, pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense extraordinaire, nécessaire, et tellement urgente qu'il n'ait pas pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de la lui rembourser* ». Voir aussi : article 107 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux.

1525 Article 1947 du code civil. Voir aussi, retenant que le dépositaire peut demander remboursement des frais exposés pour le gardiennage de la chose : Civ., 28 avril 1925, *DP* 1927. 1. 23. La portée de cette décision est relative. La Cour de cassation emploie le terme de dépôt, mais l'obligation de conservation résultait en l'espèce moins d'un contrat de dépôt à proprement parler que de la détention par l'acquéreur de la chose du vendeur suite à la disparition de la vente par *mutuus dissensus*. Voir aussi, adoptant la même solution pour le dépositaire d'un dépôt gratuit seulement : article 133 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux.

La doctrine retient que l'indemnisation suit la théorie des impenses : sont indemnisées les impenses nécessaires, et les impenses utiles à hauteur du profit qu'en a tiré le propriétaire (P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 8e édition, Dalloz, 2019, n° 1032 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 12e édition, LGDJ, 2022, n° 616. Voir aussi, retenant des solutions similaires : J. HUET *et al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp n° 1518, n° 33138).

urgentes ou non. De plus, le dépositaire s'engage à ne pas user de la chose[1526] et à ne pas causer de détérioration liée à l'usage. Il ressort de ce qui précède que la divergence entre l'appréciation de ces fautes dépend du contenu de l'accord des parties. Si la personne qui restitue a reçu le bien afin qu'elle puisse en jouir, sa faute ne sera caractérisée que si elle n'a pas usé raisonnablement de la chose, si elle n'a pas pris les mesures qu'aurait pris la personne raisonnable en cas de péril imminent, ou si elle n'a pas averti le propriétaire en cas de péril non imminent. Si la personne qui restitue le bien l'a reçu afin de le conserver, sa faute n'est caractérisée que si elle en a usé ou si elle n'a pas adopté à l'égard de la chose d'autrui les mesures qu'elle prend pour conserver ses propres biens.

2. Propriété des fruits produits par la chose

874. L'obligation de restituer les fruits produits par la chose à laquelle sont tenus l'emprunteur et le dépositaire peut se voir substituer l'obligation de restituer les fruits imposée lors de la restitution de la chose d'autrui. Le dépositaire est tenu d'une obligation contractuelle de restitution des fruits[1527]. La situation du prêteur est moins nette. La doctrine majoritaire retient, à la suite de la Cour de cassation, que le prêteur restitue les fruits sauf s'ils sont indissociables de l'usage de la chose ou si le contrat l'y autorise[1528]. Les avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux proposent de consacrer cette solution[1529]. S'il était envisagé de rejeter la qualification contractuelle de l'accord sur le prêt et le dépôt, il faudrait établir que le régime général des restitutions extra-contractuelles soumet la restitution du bien détenu sur le fondement d'un accord entre son propriétaire et le détenteur à la même règle.

1526 Article 1930 du code civil. Voir aussi l'article 126 de l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux.

1527 Article 1936 du code civil. Voir aussi article 132 de l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant ; article 1932 de l'avant-projet de réforme de la commission Stoffel-Munck.

1528 P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp n° 1525, n° 761. Voir par exemple, au sujet d'un prêt de terres agricoles, rejetant un pourvoi au motif que : « *l'arrêt attaqué retient, pour répondre à l'argumentation selon laquelle l'emprunteur ne perçoit pas les fruits, que le prêt en cause ayant été conclu pour un usage agricole des terres prêtées, devait permettre au GAEC de faire consommer l'herbe par ses animaux ou de la récolter* » (Civ. 1re, 18 février 2009, n° 08-11.234, inédit). Voir cependant, retenant que la stipulation dans un prêt à usage de la possibilité de consentir un bail constitue une donation de fruits et revenus : Civ. 1re, 3 novembre 1988, n° 87-13.319, *Bull. civ.* I, n° 300 ; *JCP G* 1989. II. 21375, note T. HASSLER ; *JCP N* 1990, n° 100199, note J.-F. PILLEBOUT ; *RTD civ.* 1989, p. 570, obs. P. RÉMY ; *RTD civ*. 1990, p. 700, obs. J. PATARIN.
Voir toutefois, suggérant que l'emprunteur doit percevoir les fruits naturels, à l'exception des fruits civils, autrement dit, qu'il doit percevoir la totalité des fruits sous réserve d'user personnellement de la chose : G. CATTALANO, « Offre de réforme du droit des contrats - Le prêt ou la recherche de la cohérence perdue », *in* Dossier « L'offre de projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l'association Henri Capitant », *RDC* septembre 2020, p. 188 ; G. CATTALANO, « Le prêt », *in* Dossier « Libres réflexions autour de la réforme des contrats spéciaux », *RDC* mars 2023, p. 219.

1529 Article 101 de l'offre de réforme de l'Association Henri Capitant ; article 1875 de l'avant-projet de réforme de la commission Stoffel-Munck.

875. Si le récipiendaire de mauvaise foi restitue tous les fruits perçus, le récipiendaire de bonne foi ne restitue que les fruits perçus à compter de la mise en demeure[1530]. On pourrait retenir que le restituant de bonne foi au sens de cette règle est le possesseur de bonne foi. Dès lors, celui qui restitue le bien détenus au titre d'une tolérance serait un possesseur de mauvaise foi, en conséquence tenu de restituer les fruits perçus. Le régime des restitutions pourrait se substituer au contrat de prêt ou de dépôt.

876. Mais l'appréciation de la bonne ou de la mauvaise foi dépend, ici encore, du contenu de l'accord entre les parties. Le récipiendaire de bonne foi s'entend du possesseur de bonne foi, c'est-à-dire de celui qui se pensait à tort légitimement propriétaire de la chose. Si l'emprunteur et le dépositaire sont exclus de la qualification de restituant de bonne foi, c'est en raison du contenu de l'accord conclu avec le remettant. En d'autres termes, c'est parce que la portée de l'accord entre remettant et récipiendaire se limite au transfert de la détention, sans s'étendre au transfert de propriété, que le récipiendaire ne peut être qualifié de restituant de bonne foi. Le contenu de l'accord détermine donc les conséquences de la détention de la chose dans le prêt et le dépôt, et notamment la qualification de restituant de bonne foi et, de ce fait, la restitution des fruits. L'existence de l'accord et son contenu doit également être pris en compte pour établir les conséquences de la prestation de service.

§2. LES CONSÉQUENCES DE LA PRESTATION DE SERVICE

877. Nous souhaitons dissiper le doute sur la qualification contractuelle de la convention d'assistance bénévole, et plus généralement de l'accord gratuit exécuté. Une partie de la doctrine considère que les effets de la convention d'assistance bénévole n'ont pas été voulus par les parties et qu'ils devraient trouver leur source dans des mécanismes extra-contractuels. Selon nous toutefois, l'accord des parties détermine les effets afférents à la prestation exécutée, et notamment les effets nécessaires pour la concrétiser juridiquement.

878. Plan. En matière de prestation de service, l'acceptation de la prestation, et donc l'accord des parties, fonde la représentation (A.) et l'atténuation des diligences attendues du concédant (B.).

1530 Articles 1352-3 et 1352-7 du code civil. Voir aussi, en matière de revendication : article 549 du code civil.

A. L’engagement du bénéficiaire à reprendre les engagements souscrits en son nom et pour son compte
B. La mesure de la diligence attendue du concédant

A. L’ENGAGEMENT DU BÉNÉFICIAIRE À REPRENDRE LES ENGAGEMENTS SOUSCRITS EN SON NOM ET POUR SON COMPTE

879. La représentation est l’effet essentiel du mandat. Le mandat a pour effet principal la représentation : le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant et ses actes l’engagent envers les tiers[1531]. Lorsque deux personnes s’accordent sur le fait que l’une agira au nom et pour le compte de l’autre, et que la première accomplit effectivement les diligences requises, il est juste que la seconde soit engagée à l’égard des tiers. En d’autres termes, l’accomplissement de la prestation par le concédant doit engager le bénéficiaire à l’égard des tiers. Soutenir que l’accord sur la prestation de représentation gratuite n’est pas un contrat implique d’établir qu’un fondement extra-contractuel est susceptible de produire un effet de représentation équivalent à celui du contrat de mandat.

880. À défaut de qualification contractuelle de l’accord sur la prestation du service, l’effet de représentation produit par le mandat pourrait résulter du quasi-contrat de la gestion d’affaires. Les diligences du concédant pourraient produire un effet de représentation même en l’absence d’un contrat. La gestion d’affaires est ainsi caractérisée lorsqu’un individu « *sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire*[1532] ». Elle a pour effet que celui dont l’affaire est gérée – le maître de l’affaire – est tenu des engagements souscrits en son nom et pour son compte par le gérant[1533]. Si la qualification contractuelle de l’accord sur le mandat gratuit était écartée, la règle selon laquelle le représenté est engagé à l’égard des tiers par les actes accomplis par le représentant pourrait donc, à première vue, trouver un fondement dans la gestion d’affaires.

881. Mais, d’une part, la gestion d’affaires ne joue pas lorsque la prestation a été sollicitée. Le code civil, dans sa rédaction issue de l’ordonnance du 10 février 2016, dispose que constitue une gestion d’affaires la gestion entreprise par le concédant « *sans y être tenu*

1531 Article 1984 alinéa premier du code civil : « *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom*. » Article 1988 alinéa premier du code civil : « *Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné*. »

1532 Article 1301 du code civil.

1533 Article 1301-2 du code civil.

[…] *à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire*[1534] ». La gestion d'affaires ne joue pas lorsque la gestion résulte d'un accord entre concédant et bénéficiaire. Il serait envisageable, pour substituer le mandat par la gestion d'affaires, de retenir que, lorsque le code civil mentionne la gestion entreprise sans opposition du maître de l'affaire, il vise également la gestion entreprise avec l'accord du maître de l'affaire. Certes, il pourrait être soutenu qu'en présence d'un accord des parties dont la qualification contractuelle est écartée, le concédant a agi sans y être tenu et sans opposition du maître de l'affaire. La distinction entre l'absence d'opposition et l'accord du bénéficiaire peut, en matière de relations informelles, être fine[1535]. La doctrine, en critiquant la qualification contractuelle de la convention d'assistance bénévole et soutenant que le fondement de la gestion d'affaires serait mieux adapté, admet également que la gestion d'affaires pourrait jouer en présence d'une acceptation de la prestation par le bénéficiaire[1536]. Une telle interprétation paraît cependant contraire à l'esprit de la gestion d'affaires, si ce n'est aux textes qui la régissent[1537]. L'absence d'opposition n'est pas équivalente à l'accord sur la gestion. La gestion d'affaires n'a pas pour champ d'application les services rendus suite à un accord des parties.

882. Et, d'autre part, le maître de l'affaire n'est tenu par les engagements souscrits par le gérant d'affaires qu'à la condition que ces engagements lui aient été utiles. Le maître de l'affaire ne « *doit remplir les engagements contractés dans son intérêt par le gérant* » qu'à la condition que « *l'affaire a*[it] *été utilement gérée*[1538] ». Cette utilité est appréciée à la date à

1534 Article 1301 du code civil. Voir aussi l'ancien article 1372 du code civil, visant l'hypothèse où « *volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore* ».

1535 La Cour de cassation a ainsi jugé que « *c'est à bon droit que l'arrêt retient que peu importe que le maître dont l'affaire a été administrée ait connu ou ignoré la gestion litigieuse* » : Civ. 1re, 19 février 2014, nos 12-24.113 et 12-26.589, inédit. Dans cette affaire, une personne demandait remboursement de dépenses exposées au profit d'un défunt avant son décès à ses héritiers. Le pourvoi soutenait que la gestion d'affaire « *doit nécessairement avoir lieu à l'insu* [du maître], *qui, s'il laisse faire le gérant en toute connaissance de cause, consent à la gérance et se trouve ainsi contractuellement lié au gérant* ». Voir cependant, retenant qu'une cour d'appel ayant retenu qu'un individu « *avait été chargé* » de la mission qu'il avait effectué aurait dû en déduire l'absence de gestion d'affaires (Civ. 1re, 22 octobre 2009, no 08-18.331, inédit). Voir aussi, approuvant une cour d'appel une cour d'appel d'avoir retenu l'absence de gestion d'affaires alors que le maître « *avait assisté* » à l'opération, « *y avait apporté son concours* » ce dont il résultait son accord : Civ. 2e, 5 juillet 2018, no 17-19.743, inédit.

1536 Voir les auteurs cités *supra*, nbp no 150.

1537 Voir ainsi, retenant que la seule connaissance du maître de l'affaire exclut la gestion d'affaire et constitue un accord contractuel, même tacite : J. CARBONNIER, *Les biens, Les obligations*, *op. cit.* nbp n° 1477, no 1214 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp no 1487, no 1275 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. 2. Le fait juridique : quasi-contrats, responsabilité délictuelle*, 14e édition, Sirey, 2011, no 5 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, *op. cit.* nbp n° 1518, no 713 ; R. BOUT, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, LGDJ, 1972, no 285.

1538 Article 1301-2 du code civil.

laquelle la gestion a été entreprise[1539]. Elle est nécessairement appréciée objectivement, au regard de ce qu'une personne extérieure considèrerait comme étant utile pour le maître de l'affaire. La gestion d'affaires se distingue ainsi du mandat. Le mandant est tenu de l'ensemble des engagements souscrits par le mandataire, peu important qu'ils aient été objectivement utiles, dès lors qu'ils entrent dans le cadre de la mission confiée à celui-ci. Autrement dit, ce n'est pas l'utilité objectivement appréciée des actes du mandataire mais leur conformité à la mission délimitée par la volonté du mandant qui détermine si ce dernier est engagé.

883. La volonté est ainsi, selon nous, au cœur de la détermination de l'engagement du mandant. C'est l'accord de volontés entre les parties qui détermine les effets produits par la réalisation de la prestation. Cet accord produit des effets de droit, quoique ceux-ci n'aient pas précisément été voulus par les parties. La volonté du mandant, et sa rencontre avec la volonté du mandataire, délimitent les engagements dont le mandant est tenu. La gestion d'affaires, dans le cadre de laquelle seuls les engagements initialement utiles au maître de l'affaire l'engagent, diffère fondamentalement du mandat sur ce point. L'accord du bénéficiaire délimite donc l'étendue de l'engagement du mandataire. De même, c'est l'accord des parties qui détermine la mesure de la diligence attendue du mandataire et de l'assistant.

B. LA MESURE DE LA DILIGENCE ATTENDUE DU CONCÉDANT

884. Le mandataire et l'assistant bénévole voient leur responsabilité contractuelle engagée en cas de mauvaise exécution. Le code civil prévoit expressément le principe et les modalités de la responsabilité du mandataire[1540]. Ceux de l'assistant bénévole ont été dégagés par la Cour de cassation[1541]. En ce qui concerne le mandat, le code civil précise que « *la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire*.[1542] » Un auteur retient que de cette règle peut être induit un principe général d'atténuation de la responsabilité de celui qui procure un avantage

1539 Civ. 1re, 25 novembre 2003, nº 02-14.545, inédit. Voir aussi F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations, op. cit*. nbp nº 1487, nº 1277.

1540 Articles 1991 et 1992 alinéa premier du code civil.

1541 Civ. 3e, 3 juillet 1996, nos 94-16.827 et 94-18.377, *Bull. civ.* III, nº 166.

1542 Article 1992 alinéa 2. Cette règle est conservée par l'avant-projet de réforme du droit des contrats de la commission Stoffel-Munck : article 1997. Elle est modifiée par l'offre de réforme de l'Association Henri Capitant : voir *infra*, n° 888.

gratuit[1543]. Elle devrait, selon nous, s'appliquer à l'assistant bénévole[1544]. C'est la solution préconisée par les avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux[1545].

885. À supposer que la qualification contractuelle du contrat de mandat ou d'assistance bénévole soit écartée, il conviendrait, d'une part, que la responsabilité du concédant puisse être engagée en cas de dommage subi par le bénéficiaire imputable à l'exécution de la prestation, et, d'autre part, que la responsabilité du concédant soit atténuée. Il convient donc de rechercher sur quel fondement la responsabilité du concédant pourrait être engagée et si cet autre fondement, extra-contractuel, justifierait également l'atténuation de la responsabilité du concédant.

886. La gestion d'affaires pourrait se substituer au contrat d'assistance et de mandat et fonder l'obligation du concédant d'indemniser le mandataire en cas de faute dans l'exécution de la prestation. Le gérant d'affaires est tenu de poursuivre la mission dont il s'est chargé en lui apportant « *tous les soins d'une personne raisonnable*[1546] ». Il engage sa responsabilité s'il manque à cette exigence et si cette faute cause au maître de l'affaire un préjudice[1547]. La responsabilité du concédant ayant mal exécuté l'accord gratuit dont la qualification contractuelle serait écartée pourrait être engagée sur ce fondement. Le code civil précise que « *Le juge peut, selon les circonstances, modérer l'indemnité due au maître de l'affaire*[1548] ». L'atténuation de la responsabilité du concédant prévue par le régime du contrat à titre gratuit se retrouve donc dans le régime de la gestion d'affaires. En d'autres termes, si la qualification de contrat était refusée à l'accord relatif à une prestation gratuite de représentation ou d'assistance, un des effets attribués au contrat de mandat et d'assistance, la responsabilité du concédant, pourrait trouver son fondement dans les règles relatives à la gestion d'affaires.

887. Mais l'atténuation de la responsabilité du concédant est mise en œuvre différemment selon que cette responsabilité résulte d'un contrat de mandat ou

1543 M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, Librairie du Recueil Sirey, 1941, p. 233 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14e édition, LGDJ, 2021, nº 634, ce dernier regrettant que la Cour de cassation n'atténue pas la responsabilité de l'assistant par rapport à celle de l'entrepreneur.

1544 *Contra* : Civ. 1re, 5 janvier 2022, nº 20-20.331, *Bull. civ.* I, p. 293. Cet arrêt est analysé *infra*, n° 893.

1545 Article 74 de l'offre de réforme de l'Association Henri Capitant ; article 1765 de l'avant-projet de réforme de la commission Stoffel-Munck.

1546 Article 1301-1 alinéa premier du code civil. Voir aussi : article 1374 ancien du code civil. Voir aussi, retenant qu'ayant démontré la mauvaise tenue d'une boutique dans laquelle était entreposée ses bijoux, le géré avait établi la faute du gérant : Civ. 1re, 18 décembre 1990, nº 88-19.369, inédit.

1547 Il appartient au géré d'apporter la preuve de la faute du gérant : Civ. 1re, 2 mars 2004, nº 01-15.463, *Bull. civ.* I, nº 64.

1548 Article 1301-1 alinéa 2 du code civil. Voir aussi ancien article 1374 du code civil ; Civ. 1re, 3 janvier 1985, nº 83-13.359, *Bull. civ.* I, nº 5. Ni la jurisprudence, ni la doctrine ne permettent d'établir les modalités de cette modulation, qui apparaît laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

d'assistance ou de la gestion d'affaires. Selon nous, ce sont les effets et non les conditions de la responsabilité du gérant d'affaires qui sont atténués. En effet, l'article 1301-2 du code civil dispose que le juge peut « *modérer l'indemnité* » due par le gérant d'affaires[1549]. Il n'énonce aucunement que les diligences attendues de celui-ci sont moindres que celles d'une personne raisonnable. En d'autres termes, le gérant d'affaires doit se comporter en personne raisonnable, le juge ne pouvant atténuer sa responsabilité qu'en modérant l'indemnité mise à sa charge.

888. En matière de contrats à titre gratuit, le code civil est moins précis. Il dispose que « *la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement*[1550] ». Deux positions doctrinales s'opposent. Selon certains, ce sont les conditions de la responsabilité qui sont modérées : les diligences attendues de celui qui agit à titre gratuit sont plus faibles que celles de celui qui agit à titre onéreux[1551]. C'est dans cette direction que s'oriente l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant en matière de contrat de prestation de service gratuit[1552]. Selon d'autres, ce sont seulement ou surtout ses effets qui sont atténués : le concédant n'est condamné à indemniser qu'une partie du préjudice subi[1553]. C'est la solution consacrée par l'offre de réforme de l'Association Henri Capitant en matière de mandat[1554]. L'analogie avec la gestion d'affaires est invoquée en ce sens[1555]. Un auteur en

1549 Cité n° précédent.

1550 Article 1992 alinéa 2 du code civil.

1551 P. PÉTEL, *Les obligations du mandataire*, préf. M. Cabrillac, Litec, 1988, n° 157. Voir aussi, préconisant l'approche *in concreto*, dont il est ressortirait qu'il est attendu du concédant « *qu'il fasse au mieux de ses aptitudes, qu'il mette en œuvre tous ses talents pour remplir sa mission* » : S. PELLET, note sous Civ. 1re, 5 janvier 2022, n° 20-20.331, *Bull. civ.* I, p. 293, *RDC* septembre 2022, p. 10 et s., n° 7.

1552 Son article 94 dispose : « *Lorsque le contrat est conclu à titre gratuit, la responsabilité du prestataire ne peut être engagée que par sa faute intentionnelle, dolosive ou lourde.* » La formulation en termes de degré de faute, et non en termes de degré de diligence attendue du concédant, nous paraît regrettable. L'offre de réforme semble ainsi renouer avec la théorie de la prestation des fautes, rejetée par la doctrine (sur la théorie de la prestation des fautes voir *supra*, n° 11). La solution est, du reste, contradictoire avec celle adoptée en matière de mandat (article 147, cité *supra*, nbp n° 888).

1553 Voir en ce sens, retenant que seuls les effets de la responsabilité sont modifiés, de sorte que le mandataire est tenu de se conformer au standard de la personne raisonnable : Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, 2004, nos 150-151. Voir aussi : N. DEJAN DE LA BÂTIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, th. Paris, 1963, n° 86. Voir encore, considérant qu'aussi bien les conditions que les effets de la responsabilité sont altérés : M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, *op. cit.* nbp n° 1543, p. 276-279 ; G. CORNU, obs. sous Civ. 1re, 4 janvier 1980, n° 78-41.291, *Bull. civ.* I, n° 11, *RTD civ.* 1981, p. 407 ; J. HUET *et al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp n° 1518, n° 31230.

1554 Son article 147 dispose, en son alinéa 2 : « *le juge peut, lorsque le mandat est gratuit et selon les circonstances, modérer l'indemnité due au mandant* ». Voir aussi, approuvant l'avant-projet sur ce point : D. GANTSCHNIG, « Les contrats de représentation dans l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant », *in L'offre de réforme des contrats spéciaux. Réflexions libres à partir du projet de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, 2021, p. 99.

1555 N. DEJAN DE LA BÂTIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, cité nbp précédente, n° 86.

particulier soutient que le concédant ne peut être tenu d'indemniser que l'intérêt négatif[1556]. Les dommages-intérêts ne tendraient pas à placer le bénéficiaire dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si la prestation avait été correctement exécutée, mais dans celle dans laquelle il se serait trouvé si l'accord n'avait jamais été conclu et s'il avait dû recourir aux services d'un tiers. Ce n'est pas la solution retenue par la Cour de cassation. Celle-ci considère que l'atténuation de la responsabilité du mandataire « *ne concerne que l'appréciation de la faute et non l'étendue de la réparation*[1557] ». Il en ressort que c'est la diligence attendue du mandataire qui est abaissée et non le montant de l'indemnisation due par le mandataire.

889. Ces solutions doivent être approuvées[1558]. Ni la faute, ni ses effets ne sauraient être appréciés de la même manière selon que la fourniture de l'avantage résulte d'un accord des parties ou d'une initiative du seul gérant d'affaires. Les exigences sont élevées envers le gérant d'affaires qui s'ingère délibérément et spontanément dans les affaires d'autrui, considérant qu'il est capable de mener à bien la mission sans solliciter l'avis du maître[1559]. On attend davantage du gérant d'affaires que de celui qui accepte de gérer gratuitement les affaires d'autrui avec son consentement, voire sur sa demande. Ce n'est donc pas les exigences de comportement qui doivent être abaissées à l'égard du gérant d'affaires. À l'inverse, les obligations de celui qui

1556 Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.* nbp n° 1553, n^{os} 150-151.

1557 Civ. 1re, 4 janvier 1980, n° 78-41.291, *Bull. civ.* I, n° 11, et note G. CORNU citée nbp n° 1553. Voir aussi, retenant que « *le caractère non onéreux du mandat n'était pas de nature à atténuer la responsabilité* » : Com., 24 mars 2015, n° 14-10.255, inédit. Les juges du fond sont fondés « *à ne pas retenir certains manquements comme faute lorsque le mandataire a agi à titre gratuit* » : Civ. 1re, 16 mai 2006, n° 03-19.936, *Bull. civ.* I, n° 241.
Voir toutefois, énonçant qu'il est possible que les juges du fond, sous couvert de leur pouvoir souverain d'appréciation du montant du préjudice subi, procèdent à une modération des dommages-intérêts dus par le mandataire lorsque celui-ci est animé par des motifs altruistes : C. ROSSETTO, *Le service gratuit*, *op. cit.* nbp n° 1435, n^{os} 170-171.
Cette présentation est préférable à celle consistant à dire que la responsabilité du mandataire n'est retenue que pour des fautes particulièrement graves (P. PÉTEL, *Les obligations du mandataire*, *op. cit.* nbp n° 1551, n° 157). Cette formule relève de la théorie de la prestation des fautes, rejetée par la doctrine (sur la théorie de la prestation des fautes voir *supra*, n° 11). L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux adopte des solutions contradictoires sur ce point. Au sujet de l'assistance bénévole, il retient que l'assistant « *ne peut être engagée que par sa faute intentionnelle, dolosive ou lourde* » (article 74). Au contraire, en matière de mandat, il énonce que « *Néanmoins, le juge peut, lorsque le mandat est gratuit et selon les circonstances, modérer l'indemnité due au mandant*. » (article 147 alinéa 2). La formulation de l'article 74 est critiquable en ce qu'elle évoque des degrés de faute du concédant et non les degrés des attentes envers ce dernier. En cela, elle fait renaître, de manière surprenante, la théorie de la prestation des fautes pourtant rejetée par la doctrine.

1558 Voir *contra*, préconisant que le concédant d'un service gratuit dont la responsabilité extra-contractuelle est engagée bénéficie d'une modération des dommages-intérêts dus, justifiée par ses motifs altruistes : C. ROSSETTO, *Le service gratuit*, *op. cit.* nbp n° 1435, n^{os} 298-299.

1559 Voir *contra*, retenant que le gérant ne peut être tenu à un standard plus élevé que celui du mandataire gratuit : F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit.* nbp n° 1487, n° 1280 ; M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, *op. cit.* nbp n° 1543, p. 276-279 ; G. CORNU, note sous Civ. 1re, 4 janvier 1980, citée nbp n° 1553 ; J. HUET *et al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp n° 1518, n° 31230 et l'article 147 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux.

s'engage à titre gratuit doivent être atténuées. La faveur du droit envers celui qui manifeste une intention bienfaisante justifie que les exigences à son égard soient moindres[1560].

890. En ce qui concerne l'indemnisation, le mandataire ou l'assistant qui s'est engagé à accomplir une prestation et a manqué à cette obligation doit être tenu de réparer les conséquences de son manquement. Il doit placer le bénéficiaire dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si la prestation avait été exécutée, c'est-à-dire dans la situation dans laquelle le bénéficiaire se serait trouvé si le concédant s'était correctement exécuté. En d'autres termes, le mandataire et l'assistant doivent être tenus d'indemniser l'intérêt positif[1561]. À l'inverse, la faute du gérant d'affaires réside dans son immixtion dans les affaires d'autrui. Il doit replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée s'il n'avait pas commis cette immixtion, si la gestion d'affaires n'avait pas eu lieu[1562].

891. Certes, la portée de ces différences dans la mise en œuvre de l'atténuation de responsabilité est réduite du fait du caractère flou de la notion de faute et de l'appréciation souveraine des juges du fond des éléments de fait caractérisant la faute et de l'évaluation du *quantum* du préjudice. À notre connaissance, aucun arrêt n'a retenu la faute du mandataire à titre gratuit[1563]. La plupart des arrêts excluent cette faute sans préciser leur raisonnement[1564], quoiqu'un arrêt ait jugé que n'est pas fautif le mandataire qui pensait de bonne foi agir dans l'intérêt du mandant, ce qui peut rappeler l'appréciation *in concreto*[1565]. La doctrine ne précise

1560 Voir *supra*, n° 260.

1561 Sur l'intérêt positif, voir *supra*, n° 672.

1562 Sur l'intérêt négatif, voir *supra*, n° 672.

1563 La Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt ayant admis la faute du mandataire, retenant que la cour d'appel avait suffisamment justifié sa décision en relevant que le mandat était « *non onéreux* » et que « *la vérification que la société Initiative et finance gestion n'a pas effectuée était élémentaire et pouvait être opérée aisément et sans frais* » (Com., 24 mars 2015, n° 14-10.255, inédit). La portée de cet arrêt doit être relativisée. Les parties étaient deux sociétés, la cour d'appel n'a pas qualifié leurs relations de gratuites et le mandataire n'était « *pas un professionnel mais un spécialiste* ». Un tel contrat serait, selon nos critères, qualifié de contrat à titre onéreux et non de contrat à titre gratuit.

1564 Le mandataire qui a adopté le comportement d'une personne raisonnable n'a pas commis de faute (Civ. 1re, 8 décembre 1965, *Bull. civ.* I, n° 686). La Cour de cassation a approuvé une cour d'appel ayant relevé des « *conseils peu avisés* » et des « *maladresses* », d'avoir déduit de la gratuité du service l'absence de faute (Civ. 1re, 14 juin 2000, n° 98-17.752, inédit). Voir aussi, retenant que le mandataire a pris des « *précautions* […] *normales et suffisantes* » pour protéger les sommes qui lui avaient été remises : Civ. 1re, 3 février 1909, *DP* 1911. 1. 413).

1565 Civ. 1re, 16 mai 2006, n° 03-19.936, *Bull. civ.* I, n° 246 ; *RTD com.* 2007, p. 223, obs. B. BOULOC. Toutefois, l'allègement de la responsabilité ne tient pas à ce que le mandataire ne serait tenu que d'une obligation de moyens, sans pouvoir être tenu d'une obligation de résultat. La Cour de cassation a retenu que conformément au droit commun, « *si le mandataire est, sauf cas fortuit, présumé en faute du seul fait de l'inexécution de son mandat, cette présomption ne saurait être étendue à l'hypothèse d'une mauvaise exécution de ce dernier* » (Civ. 1re, 18 janvier 1989, n° 87-16.530, *Bull. civ.* I, n° 26 ; *D.* 1989, jur. 302, note C. LARROUMET ; *RTD civ.* 1989, p. 558, obs. P. JOURDAIN et 572, obs. P. RÉMY). Voir aussi : Com., 20 juin 1995, n° 93-20.272, inédit ; Com., 18 novembre 1997, n° 95-18.285, inédit ; Civ. 1re, 16 mai 2006, n° 03-19.936, *Bull. civ*. I, n° 246.

pas davantage comment il est procédé à l'atténuation de la responsabilité[1566]. La jurisprudence et la doctrine ne précisent pas davantage les modalités de la modération des dommages-intérêts dus par le gérant dans la gestion d'affaires.

892. Mais le principe de la distinction demeure. L'accord du bénéficiaire sur la prestation et surtout sur sa gratuité justifient l'atténuation des obligations du mandataire et de l'assisté. Au contraire, le défaut de consentement du maître de l'affaire caractérise l'immixtion et donc les exigences élevées à l'égard du gérant d'affaires et la modération de l'indemnité due.

893. Les attentes doivent être atténuées à l'égard de l'assistant bénévole. Comme tout concédant, l'assistant bénévole ne peut être tenu à une diligence équivalente à celle attendue de celui qui fournit un service intéressé. À cet égard, la formulation d'un arrêt rendu récemment par la Cour de cassation doit faire l'objet, sinon d'une critique, tout au moins de regrets. Dans cette affaire, un incendie s'était déclaré dans une maison alors qu'une personne y accomplissait bénévolement des travaux au bénéfice d'une autre, propriétaire de la maison. La cour d'appel avait écarté la responsabilité de l'assistant aux motifs que sa responsabilité « *s'appréci*[ait] *au regard de la commune intention des parties qui exclut qu'en présence d'une convention d'assistance bénévole, l'assistant réponde des conséquences d'une simple imprudence* ». Cet arrêt a été cassé, la Cour de cassation formulant un attendu de principe aux termes duquel « *En présence d'une convention d'assistance bénévole, toute faute de l'assistant, fût-elle d'imprudence, ayant causé un dommage à l'assisté est susceptible d'engager la responsabilité de l'assistant*[1567] ». Il faut approuver l'exclusion du terme « faute d'imprudence », qui renvoie à un degré de faute rappelant la théorie de la prestation des fautes. Mais la Cour de cassation aurait pu profiter de cette occasion pour préciser les modalités d'appréciation de la faute de

1566 Certains rappellent seulement que le comportement du mandataire est apprécié avec moins de rigueur : P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 12e édition, LGDJ, 2022, nº 403 ; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp nº 1525, nº 955. Un auteur retient que le comportement du mandataire doit être comparé à celui de la personne raisonnable non rémunérée : P. PÉTEL, *Les obligations du mandataire*, *op. cit.* nbp nº 1551, nº 157. Certains soutiennent qu'il ne faut exiger du mandataire que le soin qu'il apporte à ses propres affaires (J. HUET *et al.*, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.* nbp nº 1518, nº 31230), ou qu'il ne peut être tenu que de sa faute lourde (J. CHAMPEAUX, *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, J. Buguet-Comptour, 1931, p. 159). Enfin, certains soutiennent que l'obligation du concédant ne pourrait être qu'une obligation de moyen et jamais une obligation de résultat (M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, *op. cit.* nbp nº 1543, p. 232).

1567 Civ. 1re, 5 janvier 2022, nº 20-20.331, *Bull. civ.* I, p. 293 ; *D.* 2022. 740, note P. GAIARDO ; *Contrats, conc., consom.* 2022, comm. 41, note L. LEVENEUR ; *ibid.* mai 2022, alerte 15, obs. C. LEDUQUE ; *Dr. & patr*. mai 2022, p. 19, note C. LEDUQUE ; *Resp. civ. et assur*. avril 2022, comm. 65, note S. HOCQUET-BERG ; *RTD civ*. 2022, p. 395, note P. JOURDAIN ; *Gaz. Pal*. 10 mai 2022, p. 7, note D. HOUTCIEFF ; *Gaz. Pal*. 17 mai 2022, p. 9, note V. MAZEAUD ; *RLDC* mars 2022, p. 11, note C. ROSSETTO ; *RDC* septembre 2022, p. 10, note S. PELLET ; *RLDC* novembre 2022, p. 33, chron. J. KNETSCH.

l'assistant, et donc la diligence attendue de lui[1568]. Surtout, la formulation générale employée paraît devoir être interprétée en ce sens que la responsabilité de l'assistant bénévole n'est pas atténuée[1569]. Or, une telle atténuation est justifiée par la faveur du droit pour celui qui accomplit une prestation bienfaisante[1570]. Cette faveur doit être refusée au gérant d'affaires qui s'immisce dans les affaires d'autrui mais étendue à l'assistant bénévole qui intervient sur accord de l'assisté. La formule retenue par la Cour de cassation est donc regrettable[1571]. Le consentement du bénéficiaire à la gratuité est donc déterminant du régime de la responsabilité du mandataire et de l'assistant. L'accord sur la prestation détermine donc la responsabilité du concédant ; il doit être qualifié de contrat à titre gratuit. De même, c'est l'existence d'un accord, ou plus exactement d'un contrat à titre gratuit, qui justifie le régime des effets accessoires afférents à la prestation.

SECTION II
L'ACCORD DES PARTIES, SOURCE DES EFFETS ACCESSOIRES À LA PRESTATION

894. Dans le cadre de notre défense de la qualification contractuelle de l'accord gratuit, nous soutenons que les effets afférents à la prestation gratuite sont déterminés par cet accord. La doctrine majoritaire conteste la qualification contractuelle de l'accord sur une prestation d'assistance bénévole et expose que les effets afférents à celle-ci, et notamment l'indemnisation du dommage subi par le concédant à l'occasion de l'exécution de la prestation, doivent être fondés dans des mécanismes extra-contractuels. Nous soutenons au contraire que l'existence de l'accord est déterminante des effets juridiques qui résultent de l'exécution de la

1568 À cet égard, il peut être regretté que la Cour de cassation n'ait pas prononcé la cassation sur la deuxième branche du moyen, laquelle l'invitait plus précisément à délimiter les diligences attendues du concédant en reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si l'assistant « *n'avait pas manqué aux règles de l'art en s'abstenant de protéger le périmètre de son intervention d'un départ de feu avant d'utiliser la lampe à souder* ». Sur ce point, voir aussi : note P. GAIARDO citée nbp précédente.

1569 Voir toutefois, retenant que la Cour de cassation n'était pas interrogée sur la nature, de moyens ou de résultat, de l'obligation de l'assistant, de sorte qu'elle pourrait juger, si la question lui était posée, que l'assistant n'est tenu que d'une obligation de moyens : notes C. LEDUQUE, citées *supra* nbp n° 1567.

1570 Voir *supra*, n^{os} 257-262.

1571 Voir en ce sens : notes S. PELLET, P. JOURDAIN et C. ROSSETTO citées *supra* nbp n° 1567. Voir *contra*, relevant que « *du point de vue de la victime, l'étendue du préjudice ne s'en est pas trouvée modifiée* » : note S. HOCQUET-BERG citée *supra* nbp n° 1567. Voir aussi, relevant le caractère déterminant de l'assurance de responsabilité, et notamment le fait que la demande de l'assisté était dirigée contre l'assureur de l'assistant : notes L. LEVENEUR et D. HOUTCIEFF citées *supra* nbp n° 1567.

prestation gratuite. Cette entreprise est ardue en ce qui concerne les effets accessoires à la prestation, ceux qui ne sont pas nécessaires pour la concrétiser mais qui ressortent davantage des effets que la loi impose ou présume dans le contrat. Ils n'ont pas été voulus par les parties et la seule intention de procurer la prestation ne permet pas de soutenir que les parties auraient voulu également ces effets. Toutefois, il nous apparaît que le principe de ces effets et à tout le moins leur régime sont justifiés par le fait que la prestation et sa gratuité a été voulue par les deux parties, et donc par l'existence d'un accord. Ils peuvent, selon nous, être rattachés à cet accord et qualifiés de contractuel.

895. Plan. L'accord des parties justifie le rapport, la réduction et la révocation pour ingratitude (§1.), de même que le régime de l'indemnisation du dommage survenu à l'occasion de l'exécution de la prestation (§2.).

§1. Le rapport, la réduction et la révocation pour ingratitude
§2. L'indemnisation du dommage survenu

§1. LE RAPPORT, LA RÉDUCTION ET LA RÉVOCATION POUR INGRATITUDE

896. Plan. La Cour de cassation l'a étendu à des hypothèses desquelles il ne ressort pas que la prestation ait été acceptée par son bénéficiaire. Elle a jugé, par exemple, qu'était rapportable l'avantage consistant dans l'abstention du concédant de demander paiement d'une dette ou l'avantage retiré par le bénéficiaire de sa situation privilégiée lui ayant permis de remplacer le concédant dans sa profession. Il en ressort que le rapport, la réduction et la révocation pour ingratitude pourraient se voir appliqués à la simple prestation accomplie par le concédant en l'absence de tout accord des parties. En d'autres termes, la caractérisation d'un contrat serait superflue, la seule prestation justifiant l'application du régime de la gratuité (A.). Cette solution serait critiquable. L'acceptation de la prestation par le bénéficiaire est une condition de l'application de ces règles (B.).

A. Le constat de l'absence de recherche de l'acceptation de la prestation
B. La nécessité de l'acceptation de la prestation

A. LE CONSTAT DE L'ABSENCE DE RECHERCHE DE L'ACCEPTATION DE LA PRESTATION

897. La jurisprudence admet le rapport d'avantages qui ne résultent pas d'un contrat entre le concédant et le bénéficiaire. Le rapport est un mécanisme successoral tendant à assurer l'égalité entre les héritiers. Lors du décès du donateur, le ou les héritiers ayant bénéficié de donations voient leur part dans la succession diminuée d'un montant égal à celui des donations reçues. Ainsi, la donation du vivant du *de cujus* ne portera pas atteinte à l'égalité du partage de sa succession entre ses héritiers[1572].

898. Le rapport s'applique aux donations, mais également aux « *avantages indirects* » que l'héritier a « *retir*[é] des *conventions conclues avec le défunt*[1573] ». En principe, le rapport suppose l'existence d'un contrat entre concédant et bénéficiaire. Mais ce principe comporte des dérogations. Ainsi, le code civil soumet également au rapport le paiement des dettes de l'héritier[1574] dont la nature juridique est discutée, mais qui pourrait être qualifié de fait juridique[1575], et qui, en toute hypothèse, peut être réalisé à l'insu du débiteur. De plus, la jurisprudence fait une application large du rapport. Y sont soumis des avantages qui ne résultent apparemment pas de conventions. Les arrêts les qualifient de donation indirecte ou d'avantages indirects[1576]. Est rapportable l'avantage résultant du financement d'un achat réalisé par

1572 Sur le rapport, voir *supra*, n° 286.

1573 L'héritier doit rapporter « *tout ce qu'il a reçu du défunt, par donations entre vifs, directement ou indirectement* » (article 843 du code civil) mais ne rapporte pas les « *profits* » qu'il « *a pu retirer des conventions passées avec le défunt, si ces conventions ne présentaient aucun avantage indirect* » (article 853 du code civil).

1574 Article 851 alinéa 1er du code civil : « *Le rapport est dû de ce qui a été employé pour l'établissement d'un des cohéritiers ou pour le paiement de ses dettes* ». Voir aussi : Civ. 1re, 25 février 2009, n° 07-20.010, *Bull. civ.* I, n° 40 ; *JCP G* 2010, doctr. 203, obs. R. LE GUIDEC ; *JCP N* 2009, p. 1303, obs. F. SAUVAGE ; *Defrénois* 2009, p. 1545, obs. F. DOUET ; *ibid*., p. 1598, obs. B. VAREILLE ; *RTD civ.* 2009, p. 559, obs. M. GRIMALDI.

1575 La nature juridique du paiement est discutée (sur la question, voir par exemple : F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations, op. cit*. nbp n° 1487, n° 1412). À notre connaissance, la Cour de cassation n'a pas statué sur la nature du paiement de la dette d'autrui. Cette question n'est que rarement évoquée par la doctrine. Une autrice retient que si le paiement est en principe un fait juridique, le paiement par un tiers constitue, par exception, un acte juridique. Elle considère en effet que le paiement de la dette d'autrui « *est, du point de vue du solvens, un acte juridique qui doit être accompli volontairement et en connaissance de cause* » car « *la prestation ne trouve pas sa cause dans un impératif juridique antérieur* » mais « *dans la volonté de l'auteur de l'acte* » : N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, préf. J. Carbonnier, th. Paris, 1961, n° 211.

1576 Notons toutefois que la Cour de cassation ne semble pas avoir eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir si un acte pouvait être soumis au rapport alors même qu'il ne constituait pas un contrat.

autrui[1577], de la construction sur le terrain du bénéficiaire[1578], de la reprise de l'activité professionnelle du concédant par le bénéficiaire[1579], du financement par le concédant d'un achat du bénéficiaire[1580], et même de la simple abstention du concédant de demander paiement d'une dette[1581]. La Cour de cassation a également retenu qu'était rapportable « *l'avantage pécuniaire*

1577 L'opération par laquelle une personne finance un bien acquis par autrui est courante. Elle peut se traduire par une diversité de techniques. Dans un premier groupe de techniques, le financeur est partie à l'acte de transfert : soit que cet acte comporte une stipulation pour autrui par laquelle le vendeur s'engage à transférer la propriété au tiers bénéficiaire, soit que le financeur achète pour son compte et transmette le bien au bénéficiaire par donation subséquente. Dans un second groupe, le financeur n'est pas partie à l'acte de transfert. Le bénéficiaire est alors débiteur du prix. Soit le concédant paie sa dette auprès du vendeur, soit le concédant procède à un don de deniers permettant au bénéficiaire de régler lui-même sa dette.
Selon les arrêts, l'achat pour autrui est décrit comme un don de deniers (Civ. 1re, 14 juin 1972, no 71-10.409, *Bull. civ.* I, no 151 ; Civ. 1re, 9 février 1994, no 92-11.111, *Bull. civ.* I, no 60 ; Civ. 1re, 5 décembre 2012, no 11-14.508, inédit ; Civ. 1re, 6 novembre 2019, no 18-20.054, inédit ; Civ. 1re, 15 décembre 2021, no 20-15.345, *Bull. civ.* I, p. 309), un achat financé par le donateur (Civ. 1re, 25 mars 1981, no 79-16.230, *Bull. civ.* I, no 105 ; Civ. 1re, 10 mai 2007, no 05-21.011, *Bull. civ.* I, no 173 ; Com., 15 mars 2011, no 10-14.886, inédit ; Civ. 1re, 12 juillet 2017, no 16-20.993, inédit ; Civ. 1re, 1er février 2017, no 15-26.078, inédit) ou encore comme un paiement de la « *part* » de l'autre dans l'achat (Civ. 1re, 20 janvier 2010, no 08-70.199, inédit).

1578 Civ. 3e, 19 septembre 2012, no 11-15.460, *Bull. civ.* I, no 128, précité, *a contrario*. L'arrêt retient que la personne assignée en recouvrement des droits d'enregistrement n'était que la nue-propriétaire et qu'il n'existait donc aucun enrichissement pour elle avant la fin de l'usufruit.

1579 Civ. 1re, 19 novembre 1968, *Bull. civ.* I, no 287 et Civ. 1re, 10 juin 1972, no 70-14.196, *Bull. civ.* I, no 156, précités. Voir aussi, retenant qu'est rapportable la location-gérance d'un fonds de commerce qui, faute de restitution à son terme, a entraîné l'incorporation de ce fonds dans le fonds de commerce du donataire, qui constitue une donation indirecte : Civ. 1re, 24 janvier 2018, nos 17-13.017 et 17-13.400, *Bull. civ.* I, no 10. La cour d'appel avait constaté que l'héritier avait exploité pendant 11 ans le fonds de commerce de son père, elle a pu retenir que l'acte sous signature privée transférant le droit au bail la onzième année constituait une donation indirecte du fonds de commerce en ayant transmis la propriété. Le pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir insuffisamment caractérisé l'élément matériel d'une donation. La Cour de cassation a jugé que la cour d'appel avait souverainement retenu l'existence d'une donation indirecte rapportable. Voir aussi : Civ. 1re, 30 novembre 1982, no 81-15.726, *Bull. civ.* I, no 343 ; *D.* 1983, jur. 85, obs. A. BRETON ; *RTD civ.* 1983, p. 576, obs. J. PATARIN.

1580 Civ. 1re, 1er février 2017, no 16-14.323, *Bull. civ.* I, no 33.

1581 Voir par exemple : Civ. 1re, 17 novembre 2010, no 09-12.931, inédit. Voir aussi, faisant grief à une cour d'appel d'avoir retenu que l'abstention des créanciers d'attraire leur fils en justice pour obtenir paiement constituait une donation indirecte rapportable à la succession, sans rechercher l'intention libérale des créanciers : Civ. 1re, 21 octobre 2015, no 14-24.847, *Bull. civ.* I, no 368 ; *AJ fam*. 2015, p. 686, obs. J. CASEY ; Civ. 1re, 4 mai 2017, no 16-17.104, inédit.
Voir aussi : Civ. 1re, 15 mai 2013, no 12-11.577, *Bull. civ.* I, no 97 ; *AJ fam.* 2013, p. 445, obs. C. VERNIÈRES. Dans cette affaire, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel ayant admis le rapport d'un avantage indirect constitué par le non-paiement de dettes, lui reprochant de ne pas avoir recherché si les dettes étaient prescrites à la date de l'ouverture de la succession. Elle semble ainsi considérer qu'en l'absence de prescription, il n'y avait pas d'avantage indirect rapportable. *A contrario*, si les dettes étaient prescrites – et, on le suppose, en présence d'une intention libérale –, il y aurait pu avoir avantage rapportable. Voir aussi, reprochant à une cour d'appel d'avoir retenu la donation indirecte en retenant que la dette était prescrite lors de l'assignation, sans avoir recherché si la dette était prescrite lors de l'ouverture de la succession : Civ. 1re, 21 octobre 2015, no 14-24.847, *Bull. civ.* I, no 368 ; *AJ fam*. 2015, p. 686, obs. J. CASEY. Voir aussi, jugeant qu'une cour d'appel a souverainement apprécié l'existence d'une renonciation à recouvrer la dette avant l'expiration du délai de prescription : Civ. 1re, 21 septembre 2022, no 20-22.139, *Bull.* p. 377.
La jurisprudence fiscale est dans le même sens. Voir ainsi, retenant que l'absence de paiement d'une rente viagère constituait une donation indirecte soumise à l'impôt sur les mutations à titre gratuit : Com., 20 octobre 1998, no 96-20.960, *Bull. civ.* I, no 245 ; *Defrénois* 1999, art. 37007, p. 734, note A. CHAPPERT.

résultant, pour un héritier, de la situation privilégiée qui lui a permis de remplacer le défunt dans sa profession de représentant de commerce[1582] ». Est aussi rapportable la location-gérance d'un fonds de commerce qui, faute de restitution à son terme, a entraîné l'incorporation de ce fonds dans le fonds de commerce du donataire, ce qui constitue une donation indirecte[1583] ; constitue encore un avantage indirect rapportable la cessation d'activité du père deux mois seulement après que son fils ait créé un fonds de commerce exerçant une activité identique[1584].

899. La Cour de cassation a également laissé entendre que l'extinction d'une dette d'un enfant envers ses parents par prescription peut constituer une donation indirecte[1585]. Ces avantages ne résultent pas à première vue d'une convention. La Cour de cassation n'exige pas

---

De plus, dans une hypothèse où la créancière était encore en vie et la dette n'était pas encore échue, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel ayant retenu que le contrat de prêt constituait une donation indirecte, sans que soit établie l'intention libérale de la prêteuse. Les sommes devaient donc être intégrées dans l'assiette de l'impôt sur la fortune de l'emprunteur : Com., 7 mars 2018, n° 16-26.689, inédit et Com., 7 mars 2018, n° 16-26.690, inédit. Et ce, alors même que la cour d'appel n'avait pas recherché l'intention libérale (CA Aix-en-Provence, 20 septembre 2016, n° 15/07262 ; CA Aix-en-Provence, 20 septembre 2016, n° 15/07246). Les pourvois ne reprochaient pas formellement à la cour d'appel d'avoir retenu la donation sans rechercher l'intention libérale, mais lui reprochaient d'avoir retenu la donation alors que le prétendu donataire était débiteur d'une obligation de remboursement ce qui faisait obstacle à tout avantage procuré. Voir aussi, dans le même sens, un arrêt par lequel le Conseil d'État retient que n'a pas dénaturé les faits du litige la cour d'appel qui, constatant qu'une SCI bailleresse avait omis de percevoir des loyers, et n'établissait ni les difficultés financières de la locataire, ni les démarches accomplies en vue du recouvrement des loyers, en a déduit que la SCI avait consenti une donation indirecte à la locataire et les a réintégrés dans ses recettes foncières (CE, 1er octobre 2015, n° 365765, *M. Devilliers* ; *Dr. fisc.* 2015, comm. 677, concl. É. CRÉPEY et obs. F. DOUET).

1582 Civ. 1re, 19 novembre 1968, *Bull. civ.* I, n° 287 ; *JCP N* 1968. II. 15899, note M. DAGOT ; *Defrénois* 1969, art. 29304, p. 585, note J. MAZEAUD. Voir aussi : Civ. 1re, 10 juin 1972, n° 70-14.196, *Bull. civ.* I, n° 156 ; *RTD civ.* 1973, p. 593, obs. J. SAVATIER.

1583 Civ. 1re, 24 janvier 2018, nos 17-13.017 et 17-13.400, *Bull. civ.* I, n° 10, cité *supra*, nbp n° 1579. Voir aussi : Civ. 1re, 30 novembre 1982, n° 81-15.726, *Bull. civ.* I, n° 343 ; *D.* 1983, jur. 85, obs. A. BRETON ; *RTD civ.* 1983, p. 576, obs. J. PATARIN.

1584 Civ. 1re, 10 octobre 1979, n° 77-13.915, *Bull. civ.* I, n° 245 ; *D.* 1980. IR 402, obs. D. MARTIN ; *RTD civ.* 1982, p. 181, obs. J. PATARIN : la Cour de cassation a censuré une cour d'appel ayant retenu que l'héritier qui ouvre un fonds de commerce deux mois avant que son père cesse d'exploiter un fonds de commerce à l'objet identique et bénéficie du report de clientèle doit le rapport en nature de la clientèle à la succession. La Cour de cassation retient qu' « *à supposer* » que le report de clientèle « *fut de nature à constituer un avantage indirect* », l'héritier n'était pas tenu de le rapporter en nature. Voir cependant, retenant que la donation de fonds de commerce ne peut être réalisée que par acte authentique et ne saurait résulter de la seule déclaration de radiation au registre du commerce et des sociétés : Civ. 1re, 5 avril 1978, n° 76-15.340, *Bull. civ.* I, n° 148 ; *D.* 1978 IR 468, obs. D. MARTIN. Dans cette affaire, un mandataire avait failli à sa mission de demander le renouvellement du droit au bail. Il se prévalait de la déclaration de radiation pour arguer que le fonds de commerce avait été donné. Son mandant n'aurait, dès lors, plus été titulaire du droit au renouvellement. Voir aussi, censurant une cour d'appel pour avoir omis de caractériser l'intention libérale du père s'étant « *dessaisi de façon irrévocable en faveur de son fils* […] *de la valeur de son fonds de commerce en s'appauvrissant du prix de vente de ce bien et des fruits perçus depuis 1972* » : Civ. 1re, 18 mars 2020, n° 18-19.650, inédit.

1585 Com., 20 octobre 1998, n° 96-20.960, *Bull. civ.* I, n° 245 ; *Defrénois* 1999, art. 37007, p. 734, note A. CHAPPERT ; Civ. 1re, 15 mai 2013, n° 12-11.577, *Bull. civ.* I, n° 97 ; *AJ fam.* 2013, p. 445, obs. C. VERNIÈRES ; CE, 1er octobre 2015, n° 365765, *M. Devilliers* ; *Dr. fisc.* 2015, comm. 677, concl. É. CRÉPEY et obs. F. DOUET ; Civ. 1re, 21 octobre 2015, n° 14-24.847, *Bull. civ.* I, n° 368 ; *AJ fam*. 2015, p. 686, obs. J. CASEY ; Com., 7 mars 2018, n° 16-26.689, inédit et Com., 7 mars 2018, n° 16-26.690, inédit, cités *supra*, nbp n° 1581.

la preuve d'un accord entre le concédant et le bénéficiaire. Elle ne recherche que l'intention libérale du concédant[1586] et retient qu'elle se prouve par tous moyens[1587]. Elle ne recherche pas si le bénéficiaire a eu connaissance de cette intention libérale, ni *a fortiori* si le concédant et le bénéficiaire se sont accordés sur cette intention libérale. Il ressort de cette jurisprudence que des avantages non-contractuels peuvent être soumis au rapport.

900. La Cour de cassation pourrait admettre également la réduction des avantages indirects peu important qu'ils résultent d'un accord entre concédant et bénéficiaire. La réduction est le mécanisme légal qui permet le respect de la réserve héréditaire lors des opérations successorales[1588]. La réserve héréditaire impose qu'une quote-part du patrimoine du défunt, en ce compris les biens dont il a disposé gratuitement pendant sa vie, doit revenir aux héritiers. Lorsque le défunt a consenti des donations s'imputant sur la réserve héréditaire, les héritiers peuvent demander aux donataires de restituer tout ou partie du bien donné lors de la liquidation de la succession. En d'autres termes, ils peuvent solliciter la réduction des donations excédant la quotité disponible.

901. Le code civil soumet à la limite de la réserve héréditaire les « *libéralités*[1589] », accomplies « *soit par actes entre vifs, soit par testament*[1590] ». Sont réductibles « Les libéralités, directes ou indirectes, qui portent atteinte à la réserve[1591] », les « dispositions entre vifs[1592] ». Ces termes visent, a priori, les avantages résultant d'un contrat de donation et excluent les avantages extra-contractuels. Cependant, la Cour de cassation a déjà approuvé une cour d'appel ayant admis qu'une libéralité puisse résulter du financement du bien acquis par autrui et ordonné sa réduction[1593]. Elle pourrait donc juger que la réduction s'étend, comme le rapport,

1586 Voir ainsi, retenant qu'il appartient à celui qui demande le rapport d'établir l'intention libérale de l'auteur du transfert : Civ. 1re, 17 janvier 1995, nº 93-11.412, *Bull. civ.* I, nº 41 ; Civ. 1re, 26 septembre 2012, nº 11-10.960, *Bull. civ.* I, nº 189.

1587 Civ. 1re, 19 mars 2014, nº 13-14.139, *Bull. civ.* I, nº 51 : « *tous les modes de preuve sont admissibles pour établir que c'est avec une intention libérale que le défunt a consenti à un héritier un avantage indirect* ». La cour d'appel a donc souverainement apprécié que l'intention libérale de la concédante résultait d'un testament par lequel elle manifestait son intention que soit soumis au rapport l'avantage résultant de l'occupation gratuite d'un appartement par son héritier.

1588 Voir *supra*, nº 289.

1589 Articles 912 du code civil.

1590 Article 913 et 914-1 à 917 du code civil.

1591 Article 920 du code civil.

1592 Article 921 du code civil.

1593 Voir par exemple : Civ. 1re, 25 mars 1981, nº 79-16.230, *Bull. civ.* I, nº 105. Dans cette affaire, une personne avait financé avec ses deniers l'acquisition d'un appartement par son épouse durant leur mariage et reconnu ce fait dans une lettre adressée à son fils. Après son décès, son fils avait assigné l'épouse en réduction de ce qu'il qualifiait de libéralité. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir admis la réduction.

aux avantages indirects procurés par le de cujus, indépendamment de l'existence d'un contrat entre celui-ci et le bénéficiaire.

902. La révocation pour ingratitude pourrait elle aussi s'appliquer à des donations non contractuelles. Selon l'article 955 du code civil, le donateur ou ses héritiers peuvent demander la révocation de la « *donation entre vifs* » en cas d'ingratitude du donataire[1594].

903. La Cour de cassation n'a pas rendu d'arrêt relatif à la révocation pour ingratitude d'un avantage non contractuel. Elle s'est, toutefois, prononcée sur un domaine proche, la révocation des donations entre époux[1595]. La libre révocabilité des donations entre époux a été abrogée en 2006 mais la jurisprudence relative au domaine de cette révocabilité peut être appliquée, par analogie, à la révocation pour ingratitude. Or, la Cour de cassation a retenu que cette révocabilité s'appliquait au financement de l'achat d'autrui, qualifié de donation indirecte[1596]. Les juges se contentaient de rechercher l'intention libérale du concédant[1597]. Ils n'exigeaient pas la preuve de l'accord des parties sur l'avantage et sa gratuité. La révocation de la donation entre époux était donc applicable à des avantages non contractuels. Par analogie, la révocation pour ingratitude pourrait s'appliquer à des avantages fournis en dehors de tout contrat, qui sont susceptibles de constituer des donations indirectes.

B. LA NÉCESSITÉ DE L'ACCEPTATION DE LA PRESTATION

904. L'acceptation de l'avantage par le bénéficiaire doit être exigée pour que l'avantage soit soumis au rapport, à la réduction, et à la révocation pour ingratitude. Le rapport, la

1594 Article 955 du code civil. Les donations sont révocables pour ingratitude, inexécution des charges, et, si cela a été prévu dans l'acte, pour survenance d'enfants. Seule la première cause de révocation est susceptible de s'appliquer aux donations qui résultent de la réalisation matérielle de la prestation, les deux dernières résultant d'une stipulation expresse : stipulation d'une charge pour la première, stipulation d'une clause de révocation pour la seconde. La révocation pour survenance d'enfants (articles 960 à 965 du code civil) s'opérait de plein droit avant la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006. Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, elle doit être demandée par le donateur et ne peut l'être que si la donation le permet. Une telle clause constitue un droit potestatif de résolution dont la naissance est suspendue à la réalisation d'une condition suspensive qui ne dépend pas de la seule volonté du débiteur (article 1304-2 du code civil), licite et efficace dans tous les contrats. Sur la révocation, voir *supra*, n° 252.

1595 Article 1096 du code civil, en sa rédaction antérieure à la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006. Pour rappel, jusqu'en 2007, les donations consenties entre époux pendant le mariage étaient librement révocables. La loi du 23 juin 2006 a abrogé cette disposition.

1596 Civ. 1re, 17 juin 2009, n° 08-16.323, inédit ; Civ. 1re, 20 janvier 2010, n° 08-70.199, inédit.

1597 Civ. 1re, 18 décembre 2013, n° 12-17.420, *Bull. civ.* I, n° 249 (retenant que l'époux avait établi avoir financé seul l'acquisition d'un bien commun mais non son intention libérale, dès lors que l'épouse lui avait rendu pendant la durée du mariage des services excédant la contribution aux charges du ménage) ; Civ. 1re, 21 octobre 1997, n° 95-20.072, inédit (preuve non rapportée de l'intention libérale ayant motivé le versement d'une somme d'argent sur le compte de l'époux).

réduction ou la révocation pour ingratitude produisent des conséquences substantielles sur la situation du bénéficiaire. La révocation et la réduction emportent la restitution du bien donné au donateur ou à ses héritiers[1598]. Le rapport a pour conséquence une forme de diminution des droits du bénéficiaire sur la succession de son auteur. La donation rapportable ne constitue qu'une avance sur succession[1599]. Elle s'impute sur les droits successoraux du bénéficiaire. La qualification, *a posteriori*, d'un avantage reçu par le bénéficiaire d'avantage rapportable diminue l'avantage effectif que le bénéficiaire retirera de la succession. Le rapport, la réduction ou la révocation ont donc pour effet de rendre précaire l'avantage que le bénéficiaire pouvait croire définitif.

905. L'application du rapport, de la réduction et de la révocation dans des hypothèses dans lesquelles le bénéficiaire n'a pas accepté l'avantage, voire n'en a pas connaissance, bouleverse les prévisions de ce dernier. Ces règles ne sont acceptables que si le bénéficiaire a accepté de recevoir la donation. Dès lors, l'acceptation du bénéficiaire doit être érigée en condition de l'application du rapport, de la réduction et de la révocation. Le droit positif, qui admet que soient soumis au rapport des avantages dont la nature contractuelle n'est pas établie, nous paraît donc critiquable sur ce point. Le seul constat de l'existence d'un avantage ne suffit pas. Il faut caractériser son acceptation par le bénéficiaire. Certes, celle-ci peut être présumée par les juges du fond en cas de réception de la prestation. Mais la qualification de l'acceptation par les juges doit constituer un élément essentiel de la motivation de la décision qui ordonne le rapport, la réduction ou la révocation pour ingratitude. De même, l'existence d'un contrat à titre gratuit est déterminante du régime de l'indemnisation du dommage survenu lors de l'exécution de la prestation.

§2. L'INDEMNISATION DU DOMMAGE SURVENU

906. L'indemnisation du dommage survenu à l'occasion de l'exécution de la prestation ne constitue pas, *a priori*, un effet voulu par les parties. C'est ainsi que la doctrine soutient que l'indemnisation du dommage subi par l'assistant bénévole n'est pas un effet de droit voulu par les parties lorsqu'elles s'accordent sur la fourniture d'une prestation bénévole. Toutefois, cet accord ne nous paraît pas pour autant dépourvu d'effet. En effet, le régime de l'indemnisation nous semble différer selon que le bénéficiaire a accepté la prestation ou non.

1598 Voir *supra*, n^{os} 252 et 289.
1599 Voir *supra*, n^{o} 286.

907. Plan. L'indemnisation du dommage survenu à l'occasion de la prestation, qu'il ait été causé par la chose remise (A.) ou non (B.) varie, selon nous, selon que la prestation a fait l'objet d'un accord des parties ou non.

A. L'indemnisation du dommage causé par le défaut de la chose
B. L'indemnisation des autres dommages subis par le concédant

A. L'INDEMNISATION DU DOMMAGE CAUSÉ PAR LE DÉFAUT DE LA CHOSE

908. Le prêteur et le donateur ne sont tenus des dommages causés par la chose que si ceux-ci trouvent leur cause dans un défaut dont ils avaient connaissance et dont ils n'avaient pas informé l'emprunteur ou le donataire. Le donateur n'est pas responsable des dommages causés par un défaut de la chose, sauf ceux résultant d'un défaut dont il avait connaissance et dont il n'a pas informé le donataire[1600]. En d'autres termes, le donateur n'est responsable que s'il a transmis au donataire une chose défectueuse en connaissance de cause et sans l'en informer. Il se distingue ainsi du vendeur, qui est tenue de diverses obligations de garantie[1601]. De même, le prêteur n'est responsable du dommage causé à l'emprunteur par un défaut du bien prêté que s'il avait connaissance de ce défaut et a omis d'en informer l'emprunteur[1602]. Ainsi, ses obligations sont allégées par rapport à celles du déposant, qui doit indemniser le dépositaire de l'ensemble des dommages qu'il a subis du fait du dépôt, et notamment des dommages causés par un défaut du bien déposé[1603], et celles du bailleur, qui est tenu de tous les vices de la chose[1604]. Cette différence de régime est justifiée par le fait que le prêt et la donation sont conclus dans l'intérêt du récipiendaire tandis que le dépôt est conclu dans l'intérêt du remettant.

1600 Aucun article du code civil n'impose d'obligation de garantie au donateur. La Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir « *à juste titre, rappelé que le donateur, s'il devait délivrer la chose donnée et exécuter ce qu'il avait promis, n'assumait pas, comme un vendeur, la garantie, donnant le bien avec toutes ses imperfections et tous ses risques, que toutefois il devait garantir le donataire de tout fait personnel* » (Civ. 1re, 28 avril 1971, no 70-11.298, *Bull. civ.* I, no 137). La doctrine est unanime : P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, 10e édition, LGDJ-Lextenso, 2022, no 355 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.* nbp no 1462, no 583 ; D. GUÉVEL, *Droit des successions et des libéralités*, 3e édition, LGDJ-Lextenso, 2014, no 479 ; M. GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.* nbp n° 1461, no 1406 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, *op. cit.* nbp no 1452, nos 137 et 138. Voir aussi : offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant, article 1er et explications p. 14.

1601 Article 1625 et suivants du code civil.

1602 Article 1891 du code civil. Voir aussi : article 104 de l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant.

1603 Article 1947 du code civil.

1604 Article 1721 du code civil.

909. Si la qualification contractuelle était refusée au prêt, au dépôt et à la donation, le droit ne pourrait se désintéresser de l'indemnisation du préjudice subi par le récipiendaire d'une chose défectueuse. Celui qui a reçu une chose défectueuse puisse être indemnisé. Surtout, cette indemnisation doit varier selon l'utilité retirée de la prestation par la personne dont la responsabilité est recherchée. Lorsque le remettant ne retire aucune utilité de la prestation, qui est accomplie dans l'intérêt exclusif du récipiendaire, sa responsabilité ne pourra être engagée qu'à des conditions strictes. À l'inverse, lorsque la prestation est accomplie dans l'intérêt du remettant, sa responsabilité doit être facilement voire systématiquement engagée. En d'autres termes, la responsabilité du remettant doit varier selon l'utilité que présente la prestation pour lui.

910. Ces obligations pourraient se voir substituer une obligation d'indemnisation fondée sur la responsabilité extra-contractuelle du fait personnel. La flexibilité de la responsabilité extra-contractuelle pourrait permettre de traduire cette exigence de modulation de la responsabilité du remettant.

911. La *responsabilité du fait des produits défectueux* nous paraît exclue. Un régime spécial de responsabilité du fait des produits défectueux[1605], issu de la transposition d'une directive européenne[1606], régit la responsabilité du producteur et du fournisseur des biens qui ne présentent pas la sécurité à laquelle le consommateur peut légitimement s'attendre. La question de savoir si ce régime s'applique au prêt ou au dépôt gratuit n'est pas tranchée à notre connaissance[1607]. Si la directive elle-même ne contient aucune disposition réservant le régime au producteur ou fournisseur dont la prestation a été rémunérée, elle a pour objet d'assurer l'indemnisation du consommateur victime de produits défectueux par la personne qui les a mis en circulation dans le marché intérieur[1608]. Or, le bien prêté ou déposé gratuitement n'a pas été mis en circulation sur le marché par son prêteur. Le code civil confirme cette interprétation : ne sont producteurs et fournisseurs au sens de ses dispositions que les personnes ayant la qualité

1605 Articles 1245 à 1245-17 du code civil.

1606 Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985.

1607 La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur l'application de ces dispositions à celui qui transmet gratuitement l'usage d'un bien. Voir cependant, semblant retenir que lorsqu'il y a prêt intéressé et que la chose prêtée a causé un dommage parce qu'elle ne présente pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, l'emprunteur doit agir sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux : Civ. 1re, 25 février 2016, no 14-29.000, inédit.

1608 Le premier considérant de la directive énonce ainsi que la disparité entre les régimes de responsabilité du fait des produits défectueux entre les États membres est susceptible « *d'affecter la libre circulation des marchandises au sein du marché commun* » et « *des différences dans le niveau de protection du consommateur* ». L'article 9 réserve l'application de la directive aux dommages causés aux biens non professionnels (CJCE, 4 juin 2009, C-285/08, *Moteurs Leroy Somer*).

de professionnel[1609]. Le professionnel n'étant pas susceptible d'être concédant ni bénéficiaire d'un acte gratuit[1610], celui qui transfère gratuitement la détention d'un bien ne peut avoir la qualité de producteur ou de fournisseur au sens du régime de responsabilité du fait des produits défectueux. Ce régime n'est, selon nous, pas applicable à l'accord portant sur le prêt ou le dépôt gratuit. Seule la responsabilité pour faute serait donc applicable.

912. Dans l'application de la responsabilité du fait personnel, l'appréciation de la *faute* pourrait être modulée selon l'intérêt dans lequel a été accomplie la prestation. Pour substituer la responsabilité extra-contractuelle au contrat à titre gratuit, il conviendrait de moduler la responsabilité selon l'intérêt dans lequel est transféré le bien. Ainsi, si le transfert de la détention du bien est dans l'intérêt du récipiendaire, afin qu'il en jouisse, le remettant ne pourrait être responsable que pour faute, et cette faute ne serait caractérisé que s'il avait connaissance du défaut de la chose et n'en a pas informé le récipiendaire. Au contraire, si le transfert est dans l'intérêt du remettant, afin que le récipiendaire le conserve, le remettant pourrait être responsable sans faute. La jurisprudence sur le transport bénévole constituait un exemple de la possibilité de moduler le régime de la responsabilité civile extra-contractuelle en fonction de l'utilité, pour la personne dont la responsabilité est recherchée, de la prestation à l'occasion de laquelle le dommage est survenu. Saisie de la question de l'indemnisation du dommage subi par le transporté à l'occasion du transport, la Cour de cassation écartait la qualification contractuelle de l'accord des parties[1611]. Elle distinguait le transporteur intéressé, dont la responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle pouvait être engagée sans faute, du transporteur bénévole, dont la responsabilité ne pouvait être engagée que sur le fondement de la responsabilité extra-contractuelle, et pour faute. Le caractère bénévole ou non de la prestation était pris en compte pour moduler la responsabilité. Certes, cette jurisprudence relative au transport bénévole est désormais obsolète. D'une part, la plupart des situations de transport

1609 Articles 1245-5 du code civil : « *Est producteur, lorsqu'il agit à titre professionnel, le fabricant d'un produit fini, le producteur d'une matière première, le fabricant d'une partie composante.* ». Article 1245-6 du code civil : « *Si le producteur ne peut être identifié, le vendeur, le loueur, à l'exception du crédit-bailleur ou du loueur assimilable au crédit-bailleur, ou tout autre fournisseur professionnel, est responsable du défaut de sécurité du produit, dans les mêmes conditions que le producteur, à moins qu'il ne désigne son propre fournisseur ou le producteur, dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la demande de la victime lui a été notifiée.* ».

1610 Voir *supra*, n° 275.

1611 Voir par exemple : Civ., 27 mars 1928 ; *DP* 1928. 1. 145, note G. RIPERT ; *S.* 1928. 1. 353, note F. GÉNY ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2015 tome 2, n^os^ 212-213, p. 402. Voir aussi : L. JOSSERAND, « Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobile », *DH* 1926, chron. p. 21.

bénévole sont désormais régies par des textes spéciaux[1612]. D'autre part, par un revirement solennel en 1968, la Cour de cassation a admis que la responsabilité du transporteur bénévole pouvait être engagée sans faute sur le fondement de l'article 1384 devenu 1241 alinéa premier du code civil[1613]. Cependant, cette jurisprudence illustre la possibilité de moduler le régime de la responsabilité civile extra-contractuelle en fonction de l'utilité, pour la personne dont la responsabilité est recherchée, de la prestation à l'occasion de laquelle le dommage est survenu. Il pourrait être retenu, par analogie avec cette jurisprudence, que la responsabilité de celui qui remet son bien à un autre à titre de tolérance, bénévolement, ne peut être engagé sans faute sur le fondement de la responsabilité du fait des choses. Celui qui remet son bien dans son propre intérêt, sur tolérance du récipiendaire, serait responsable du fait de cette chose. L'utilité du transfert de la détention de la chose pourrait permettre de moduler la responsabilité du remettant en cas de dommage causé par celle-ci.

913. Mais la modulation de l'étendue de l'obligation d'indemniser le dommage causé par la chose dépend de l'intérêt dans lequel le transfert de la détention de la chose a été accompli, lequel résulte du contenu de l'accord entre les parties. La modulation de la faute

1612 Certains textes ne prévoient aucune distinction selon que le transport est gratuit ou onéreux. C'est le cas de la responsabilité en matière de transport par véhicule terrestre à moteur (article 3 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation ; Civ. 2e, 14 juin 2018, n° 17-21.401, inédit) ou de transport ferroviaire (règlement (CE) n° 1371/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaire. L'article 3, 8) vise le transport à titre gratuit et onéreux. Voir les articles 26 et suivants (dommage corporel) et les articles 33 et suivants (dommage aux biens)). Mais d'autres atténuent la responsabilité du transporteur lorsque le transport est gratuit. Le transporteur aérien est responsable sans faute lorsque le transport est onéreux mais pour faute seulement lorsque le transport est gratuit (articles L. 6421-3 (transport à titre onéreux) et L. 6421-4 (transport à titre gratuit) du code des transports ; Civ. 1re, 25 juin 2009, n° 07-21.636, *Bull. civ.* I, n° 142 ; Civ. 1re, 27 février 2007, n° 03-16.683, *Bull. civ.* I, n° 89). Le droit interne est d'ailleurs en contradiction avec les textes internationaux, lesquels ne prévoient pas cette exception (articles 17 et 18 de la convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, faite à Varsovie le 12 octobre 1929 ; article 3 du règlement (CE) n° 2027/97 tel que modifié par l'article premier du règlement (CE) n° 889/2002 du 13 mai 2002 ; article 17 de la convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, faite à Montréal le 28 mai 1999). En matière de transport maritime, le transporteur à titre onéreux est tenu d'une obligation de sécurité de moyens en général (articles L. 5421-3 et L. 5421-10 du code des transports (voir antérieurement : loi n° 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes, articles 37 et 44)), et d'une obligation de sécurité de résultat lorsqu'un dommage corporel est survenu par naufrage, abordage, échouement, explosion, incendie ou tout sinistre majeur (article L. 5421-4 du code des transports (voir antérieurement : loi du 18 juin 1966 précitée, article 38)). Le code des transports exclut le transport gratuit de l'obligation de sécurité de résultat (article L. 5421-8 du code des transports et, antérieurement, la loi du 18 juin 1966 précitée, article 34). Voir aussi, retenant que la responsabilité du propriétaire d'un yacht de plaisance pour le dommage des passagers transportés bénévolement ne pouvait être retenue que sur le fondement de l'article 1382 du code civil, à l'exclusion de l'article 1384 alinéa 1er : Civ. 2e, 5 mars 1969, *Bull. civ.* II, n° 67.

1613 Mixte, 20 décembre 1968, n° 66-11.663, *Bull. mixte*, n° 4. Voir toutefois : Civ. 2e, 4 mars 1970, n° 68-10.835, *Bull. civ.* II, n° 80 ; Civ. 2e, 4 mars 1970, n° 67-12.626, *Bull. civ.* I, n° 78.

ne résulte pas de la seule intention bienfaisante unilatérale d'une partie[1614]. C'est parce que l'emprunteur a accepté de recevoir le bien à titre de prêt que la responsabilité du prêteur peut être limitée. La seule remise de la chose, même accompagnée d'une intention bienfaisante du prêteur, n'est pas suffisante. Corrélativement, c'est parce que le dépositaire a manifesté l'intention de voir sa chose conservée à titre gratuit qu'il peut être tenu responsable des défauts dont il ignorait l'existence. C'est donc l'accord des parties, et non la seule remise de la chose, même accompagnée d'une éventuelle intention bienfaisante, qui fonde le régime de l'obligation du remettant d'indemniser le dommage causé par la chose remise. Aucun fondement extra-juridique ne permet de faire produire à la seule remise de la chose les effets qui doivent, en justice, régir la situation des parties. L'accord sur la prestation ayant pour objet un bien délimite les conditions de l'indemnisation du dommage causé par le bien. De même, il détermine le régime de l'indemnisation des autres dommages subis par le concédant.

B. L'INDEMNISATION DES AUTRES DOMMAGES SUBIS PAR LE CONCÉDANT

914. L'obligation d'indemniser le préjudice subi par le mandataire et l'assistant à l'occasion de la prestation pourrait se voir substituer l'obligation d'indemniser le préjudice subi par le gérant d'affaires, ou plus généralement un fondement quasi-contractuel. Le mandataire est un indemnisé du préjudice subi à l'occasion de l'exécution de la prestation[1615]. C'est également le cas, en droit positif, de l'assistant bénévole[1616]. À supposer que la qualification contractuelle de l'accord gratuit soit exclue, la question du dommage subi

1614 Voir *contra*, suggérant une règle générale de modération des dommages-intérêts dus par le concédant d'un service gratuit, sur le fondement de la responsabilité civile extra-contractuelle, lorsque celui-ci est animé par des motifs altruistes : C. ROSSETTO, *Le service gratuit*, *op. cit.* nbp n° 1435, n°s 298-299.

1615 Le mandataire est indemnisé du dommage subi : article 2000 du code civil. Voir aussi : article 2013 de l'avant-projet de réforme de la commission Stoffel-Munck. L'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant ne reprend pas cette règle, mais uniquement celle afférente au remboursement des frais exposés par le mandataire (article 151). La Cour de cassation en fait pourtant application. Voir ainsi, portant sur un mandat à titre onéreux : Com., 26 octobre 1999, n° 96-20.063, *Bull. civ.* IV, n° 195 ; Com., 7 mai 2019, n°s 17-29.004 et 18-10.090, inédit.

1616 Voir par exemple : Civ. 1re, 27 mai 1959, *Bull. civ.* I, n° 271 ; Civ. 1re, 8 novembre 1977, n° 76-11.518, *Bull. civ.* I, n° 406 ; Civ. 1re, 19 janvier 1999, n° 96-22.235, inédit ; Civ. 1re, 13 juin 2006, n° 04-19.344, inédit ; Civ. 1re, 5 mai 2021, n° 19-20.579, *Bull. civ.* I, p. 305 ; *D.* 2021. 1803, note D. GALBOIS-LEHALLE ; *RTD civ.* 2021, p. 653, obs. P. JOURDAIN ; *Gaz. Pal.* 21 septembre 2021, n° 32 p. 31, obs. V. MAZEAUD ; *RDC* septembre 2021, p. 17, note J. KNETSCH ; *D.* 2022. 35, chron. O. GOUT ; *JCP G* 2021, act. 606, note Y.-M. SERINET ; *Contrats, conc., consom.* 2021, comm. 111, comm. L. LEVENEUR ; *Resp. civ. et assur.* septembre 2021, comm. 140, comm. C. RADÉ ; *Gaz. Pal.* 21 septembre 2021, p. 24, note V. MAZEAUD ; *Gaz. Pal.* 6 juillet 2021, p. 21, note A. STEVIGNON ; *RLDC* novembre 2021, p. 34, chron. V. FORTI ; *RLDC* septembre 2021, p. 13, note O. ROBIN-SABARD ; *JCP G* 2021, act. 606, comm. Y.-M. SERINET. Sur la position des avant-projets de réforme et sa critique, voir *supra*, n° 259.

par le concédant ne peut rester dans le non-droit[1617]. Ce dommage nous paraît devoir être indemnisé.

915. La gestion d'affaires pourrait se substituer aux régimes contractuels et fonder l'obligation d'indemnisation du concédant. Le gérant d'affaires est indemnisé des dommages subis[1618]. Le régime de l'indemnisation est identique à celui de l'obligation contractuelle d'indemnisation. La faute de l'assistant bénévole est une cause d'exonération[1619] ; il est également tenu compte de la faute du gérant pour modérer l'indemnité qui lui est due[1620]. L'évaluation de l'indemnisation est *a priori* identique. L'indemnisation, qu'elle soit octroyée sur un fondement contractuel ou extra-contractuel, tend à placer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si elle n'avait pas subi le dommage à l'occasion de l'exécution de la prestation.

916. Toutefois, l'accord du bénéficiaire sur la prestation est une condition nécessaire et suffisante de la naissance d'une obligation d'indemnisation peu important que la prestation ait été utile. En droit positif, l'indemnisation du gérant d'affaires est conditionnée à la caractérisation de la gestion d'affaires et donc de l'utilité de la gestion[1621]. Le maître de l'affaire ne peut être tenu à l'égard du gérant que si la gestion entreprise a été utile. Cette condition d'utilité marque, selon nous, la différence entre convention d'assistance bénévole et gestion d'affaires. Lorsque les parties se sont accordées sur la fourniture de la prestation, le bénéficiaire doit indemniser le concédant du préjudice qu'il pourrait subir peu important que cette prestation lui soit objectivement utile. Cette précision est, certes, ténue. C'est ce qui explique, selon nous, que la nature contractuelle de l'obligation d'indemniser l'assistant soit si facilement contestée et qu'il soit soutenu que la gestion d'affaires pourrait s'y substituer.

917. La qualification de convention d'assistance bénévole nous paraît néanmoins devoir être approuvée[1622]. Dès lors qu'un accord entre les parties est constaté, à l'initiative de l'assistant ou de l'assisté[1623], et à l'exclusion de la situation d'urgence caractéristique de l'acte de

1617 Sur lequel, voir *supra*, n° 24.
1618 Articles 1301 et 1301-2 alinéa 2 du code civil.
1619 Civ. 2e, 30 avril 1970, n° 68-13.754, *Bull. civ.* II, n° 149 ; Civ. 1re, 13 janvier 1998, n° 96-11.223, *Bull. civ.* I, n° 15 ; Civ. 1re, 2 novembre 2005, n° 03-12.906, inédit.
1620 Article 1301-1 alinéa 2 du code civil.
1621 Voir *supra*, n° 882.
1622 S. PELLET, note sous Civ. 1re, 5 janvier 2022, *RDC* septembre 2022, p. 10 et s., nos 2-3 ; *Adde*. la réception majoritairement favorable du premier arrêt consacrant la convention d'assistance bénévole : *RTD civ.* 1959, p. 735 note H. et L. MAZEAUD et *D.* 1959, jur. 524, note R. SAVATIER sous Civ. 1re, 27 mai 1959.
1623 Voir aussi, relevant que l'assistance « *peut être spontanément apportée par l'assistant ou sollicitée par l'assisté* » : Civ. 1re, 18 janvier 2023, n° 20-18.114, *Bull. civ.* I, p. 280 ; *JCP G* 2023, doctr. 327, n° 2,

dévouement[1624], cet accord constitue un contrat à titre gratuit. Il faut au contraire critiquer les arrêts par lesquels la Cour de cassation maintient que le transport bénévole ne donne pas lieu à un contrat : le transport bénévole peut donner lieu à une convention de transport bénévole, partiellement soumise au régime du contrat de transport[1625].

918. Les clauses des polices d'assurances de responsabilité civile individuelles excluant la responsabilité contractuelle ne sauraient valablement exclure la responsabilité au titre des contrats gratuits. Le fondement de la gestion d'affaires présenterait par rapport à celui du contrat l'avantage de faciliter le jeu de l'assurance responsabilité civile. L'assurance de responsabilité est celle qui garantit les particuliers des dommages qu'ils sont susceptibles de causer dans leur vie courante[1626]. Elle a vocation à couvrir les dommages survenant dans le cadre de relations amicales et familiales. De nombreuses polices d'assurance de responsabilité excluent de leur garantie la responsabilité contractuelle. La jurisprudence retient que de telles polices ne couvrent pas l'indemnité résultant de la convention d'assistance bénévole[1627]. Le recours à la gestion d'affaires serait, sur ce point, plus opportun. Lorsque la responsabilité du bénéficiaire est engagée sur le fondement de la gestion d'affaires, elle ne devrait, *a priori*, pas être exclue par une police d'assurance ne garantissant pas la responsabilité contractuelle. Le concédant est dès lors mieux protégé s'il est retenu qu'il n'a pas agi en vertu d'un contrat gratuit. En tant que gérant d'affaires, il peut agir contre l'assureur de responsabilité civile du bénéficiaire. En tant que contractant, cette possibilité lui est fermée. Cette différence de traitement nous semble critiquable. La distinction proposée par ces contrats, entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, n'est pas pertinente. Elle ne permet pas d'exclure les

chron. Y.-M. SERINET ; *Contrats, conc., consom.* 2023, comm. 38, comm. L. LEVENEUR ; *RDC* juin 2023, n° RDC201l0, note R. LIBCHABER.

1624 Sur cette réserve : voir *supra*, n° 735.

1625 En ce sens, voir : R. SAVATIER, note sous CA Montpellier, 8 octobre 1924 et autres, *DP* 1925. 2. 44 ; R. SAVATIER, notes sous CA Paris, 27 juin 1967, *D.* 1968, jur. 181 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, « Le transport bénévole. Réflexions au sujet d'un revirement de jurisprudence », *D.* 1969, chron. 91. Voir aussi : F. GÉNY, note sous Civ., 27 mars 1928, *S.* 1928. 1. Voir *contra*, retenant que le contrat de transport est nécessairement conclu à titre onéreux : G. RIPERT, note sous Civ., 27 mars 1928, *DP* 1928. 1. 145 ; L. JOSSERAND, « Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobile », *DH* 1926, chron., p. 21, ce dernier admettant qu'il puisse s'agir d'un contrat innommé, mais que la qualification d'acte de courtoisie est préférable. Le contrat de transport étant désormais régi pour l'essentiel par des dispositions législatives ou supra-législatives impératives, la portée de ce débat est réduite. Sur ce point, voir *supra*, n° 912.

1626 Catégorie particulière des assurances de dommage, l'assurance de responsabilité est régie par les dispositions communes aux assurances de dommage et aux assurances de personnes (articles L. 111-1 à L.114-3 et R. 111-1 à R. 114-1 du code des assurances), par les dispositions générales applicables aux assurances de dommage (articles L. 121-1 à L. 121-17 et R. 124-1 à R. 128-4 du même code) et par les dispositions spéciales aux assurances de responsabilité (articles L. 124-1 à L. 124-5 et R. 124-1 à R. 124-4 du même code).

1627 Civ. 2e, 3 octobre 2013, n° 12-19.320, inédit. Voir aussi : Civ. 1re, 27 janvier 1993, n° 91-12.131, *Bull. civ.* I, n° 42.

actes de la vie professionnelle et d'inclure les seuls actes de la vie personnelle. Le contrat n'a pas pour seul domaine l'activité professionnelle, il s'étend à un ensemble d'accords relevant de la vie personnelle des contractants. Cette distinction ne permet pas d'exclure les actes volontaires et de n'inclure que les actes involontaires. La responsabilité contractuelle n'a pas le monopole des dommages causés dans des situations dans lesquelles l'auteur du dommage s'est volontairement engagé. C'est le cas de la gestion d'affaires. Le gérant d'affaires prend l'initiative de se charger des affaires d'autrui et doit être réputé avoir connaissance du risque d'échouer ou de causer un dommage. Par conséquent, la délimitation opérée par ces polices ne paraît pas pertinente. La police excluant la responsabilité contractuelle écarte certains dommages se produisant dans la vie privée, tout en couvrant des dommages qui résultent d'actions volontairement entreprises par le responsable. Les auteurs retiennent ainsi que les tribunaux pourraient écarter l'application d'une telle clause en retenant qu'elle n'est pas suffisamment précise[1628], ou qu'elle est abusive[1629]. La doctrine note d'ailleurs que « *la tendance dans les polices actuelles* » est de ne pas contenir de clause d'exclusion de la responsabilité contractuelle, les assureurs lui préférant une clause d'exclusion des risques se rattachant à l'activité professionnelle[1630]. L'existence d'un accord sur la prestation, ou, plus exactement, d'un contrat à titre gratuit est donc déterminante du régime de l'indemnisation du concédant. De même, la caractérisation d'un contrat à titre gratuit conditionne l'ouverture de la résolution du contrat.

1628 Ou plus précisément, qu'elle n'est pas suffisamment « formelle » au sens de l'article L. 124-1-1 du code des assurances, faute pour la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle d'être précisément délimitée : J. BIGOT, V. HEUZÉ, J. KULLMANN, L. MAYAUX, R. SCHULZ et K. SONTAG, *Traité de droit des assurances. Tome 3 : Le contrat d'assurance*, 2e édition, LGDJ, 2014, no 1462.

1629 Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14e édition, Dalloz, 2017, no 698.

1630 *Ibid.*, no 698 ; J. BIGOT *et al.*, *Le contrat d'assurance*, *op. cit.* nbp no 1628, no 1463 ; G. VINEY, note sous Civ. 1re, 27 janvier 1993, *JCP G* 1993. I. 3727, no 5. Selon les témoignages des praticiens, l'abandon de cette distinction serait en partie causée par le caractère flou de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : J. BIGOT *et al.*, *Le contrat d'assurance*, précité, no 1444.

SECTION III
LA RÉSOLUTION DU CONTRAT, CONSÉQUENCE DE LA NAISSANCE DES EFFETS ACCESSOIRES

919. Les contrats à titre gratuit sont, comme tous les contrats, susceptibles de résolution pour inexécution. En droit commun des contrats, chacune des parties peut demander la résolution du contrat en cas d'inexécution suffisamment grave par leur cocontractant de ses obligations[1631]. Cette règle doit être appliquée au contrat à titre gratuit[1632]. À notre connaissance, la Cour de cassation n'a jamais été confrontée à une demande de résolution pour inexécution d'un contrat à titre gratuit. Les textes relatifs à la résolution n'excluent pas les contrats à titre gratuit de leur champ d'application. Il en ressort que toute partie créancière d'une obligation contractuelle peut demander la résolution[1633].

920. Certes, la résolution apparaît, à première vue, dépourvue de tout intérêt pour chacune des parties. Mais les contrats à titre gratuit modifient la situation du bénéficiaire. Ils lui imposent des obligations. Ils l'exposent au rapport, à la réduction, à la révocation pour ingratitude[1634]. Peu importe que la plupart des obligations du bénéficiaire, et notamment celle d'indemniser le dommage subi par le concédant et de rembourser les dépenses exposées, ne soient qu'éventuelles. La doctrine admet ainsi l'application de la résolution aux contrats de prêt et dépôt lorsqu'ils donnent naissance à des obligations à la charge du prêteur et du dépositaire, ils sont alors qualifiés de contrats synallagmatiques imparfaits[1635]. Dès lors qu'il est certain que l'opération socio-économique voulue par les parties ne se réalisera pas, les effets juridiques produits afin de la concrétiser juridiquement doivent être anéantis[1636].

1631 Articles 1217 et 1224 du code civil.
1632 Voir, *contra* : M. FABRE-MAGNAN, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, *op. cit.* nbp n° 1477, n° 1020.
1633 Article 1217 du code civil : « *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :* […] - *provoquer la résolution du contrat* ».
1634 Voir *supra*, n^{os} 252, 286, 289.
1635 J. CARBONNIER, *Les biens, Les obligations*, *op. cit.* nbp n° 1477, n° 1102 ; P. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, 16^{e} édition, LexisNexis, 2021, n° 573 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, *op. cit*. nbp n° 1487, n° 100. Voir aussi, retenant que la résolution est possible, dans le prêt, le dépôt et le gage en cas d'inexécution de l'obligation de restitution de la chose (T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007, n° 262), et dans le prêt en cas d'inexécution de l'obligation de jouir de la chose en personne raisonnable (*ibid*.).
1636 *Ibid*., n° 210.

921. Si le bénéficiaire n'exécute pas ses obligations, qu'il s'agisse d'une charge assortissant l'avantage reçu[1637] ou de l'obligation d'indemniser le dommage subi ou les dépenses exposées par le concédant[1638], celui-ci pourra obtenir la restitution de l'avantage procuré : la restitution de l'usage en cas de prêt et la restitution de la valeur du service fourni en cas de mandat, assistance ou dépôt. Corrélativement, le bénéficiaire doit pouvoir demander la résolution du contrat si le concédant s'est mal exécuté. La résolution le libère de l'obligation d'indemniser le concédant des dépenses exposées et des préjudices subis. Elle lui permet également d'échapper au rapport, à la réduction ou à la révocation éventuelle du contrat gratuit. Ainsi, lorsque le concédant n'a pas correctement exécuté la prestation promise, le bénéficiaire doit pouvoir solliciter la résolution du contrat.

922. Aucun mécanisme extra-contractuel ne peut se substituer au contrat pour permettre la résolution pour inexécution. La résolution pour inexécution est un mécanisme contractuel. Elle a notamment pour fonction de détruire le contrat devenu inutile du fait de l'abandon de l'opération économique pour laquelle il a été conclu[1639]. Aucun mécanisme extra-contractuel n'est susceptible d'imiter la résolution pour inexécution. Seule la qualification de l'accord gratuit de contrat à titre gratuit permet aux parties de tirer les conséquences nécessaires de l'absence d'exécution de la prestation par le concédant ou de l'absence d'exécution par le bénéficiaire des obligations qui s'imposent à lui. L'accord gratuit doit donc être qualifié de contrat.

923. Conclusion du chapitre troisième. Le doute sur la qualification contractuelle de l'accord gratuit doit être écarté. Ce doute résultait des affirmations doctrinales selon lesquelles les parties à un accord sur une prestation gratuite, et notamment l'assistance bénévole, n'étaient pas animées d'une intention de produire des effets de droit. Les parties manifestent toutefois une volonté de réaliser une opération socio-économique qui consiste en la fourniture définitive, par le concédant, d'un avantage au bénéficiaire. Or, cet accord est déterminant dans l'appréhension juridique des relations des parties. Plusieurs exemples l'ont montré. Ainsi, lorsque le concédant remet au bénéficiaire une chose suivant un accord portant sur la donation de cette chose, il est juste de protéger le bénéficiaire d'une action en revendication ou en restitution diligentée par le concédant en reconnaissant l'existence d'un transfert de propriété. De même, lorsque le bénéficiaire recherche la responsabilité du concédant au titre d'un

1637 Sur les charges, voir *supra*, nº 333.
1638 Voir *supra*, nº 337.
1639 T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.* nbp n° 1635, nº 210.

dommage subi par le premier à l'occasion de l'exécution de la prestation par le second, le droit ne peut ignorer l'accord conclu entre eux. Il faut tenir compte de cet accord pour apprécier l'existence d'une faute du concédant, au regard de l'atténuation des diligences attendues de celui qui s'engage à titre gratuit. Parce que le bénéficiaire a accepté la prestation, il est juste que la loi présume dans l'accord des parties l'existence d'une obligation d'indemnisation. Le droit doit se référer à l'opération socio-économique voulue par les parties pour appréhender leurs relations. L'accord sur la prestation gratuite doit être qualifié de contrat à titre gratuit.

924. Conclusion du titre second. Le doute sur la qualification contractuelle de l'accord gratuit résulte en partie du refus, doctrinal et jurisprudentiel, de considérer que la situation résultant de la prestation gratuite doit être régie par des règles contractuelles. En l'absence de manifestation formelle, par les parties, de l'intention de produire des effets de droit, il ne pourrait être considéré que l'accord des parties constitue un contrat qu'il faudrait prendre en compte pour régir les conséquences de l'exécution de la prestation. Cependant, la prestation voulue par les parties, et donc le contenu de l'accord de volontés, doit être placé au cœur de l'appréhension juridique des suites de la prestation. C'est l'accord des parties sur l'absence de contrepartie à la prestation qui exclut l'indemnisation du concédant. La seule intention libérale du concédant, *a fortiori* déduite du contexte affectif, ne suffit pas à écarter l'indemnisation. À défaut d'accord, la gratuité de l'opération voulue par les parties n'est pas concrétisée. Plus avant, la seule exécution matérielle du concédant ne permet de fonder les effets nécessaires à concrétiser juridiquement la prestation. L'analyse expose, en creux, ces éléments caractéristiques qui distinguent la prestation contractuellement voulue de celle qui aurait été spontanément accomplie. On y trouve le transfert de propriété du bien et l'absence de restitution de la somme d'argent remise, les degrés dans l'obligation de conservation du bien selon qu'il est transmis à titre de prêt ou de dépôt, l'engagement du mandant de reprendre les engagements souscrits en son nom et pour son compte, l'atténuation des diligences attendues du concédant. L'analyse révèle également que les règles accessoires, qui n'apparaissent pas nécessaires pour concrétiser juridiquement la prestation, telles que le régime de l'indemnisation en cas de survenance d'un dommage ou le rapport, la réduction et la révocation de l'avantage en résultant, sont, elles aussi, conditionnées par l'existence d'un accord des parties et tout particulièrement l'expression d'un consentement par le bénéficiaire. La qualification de contrat à titre gratuit n'est pas découverte, après l'exécution, pour fournir un fondement à des règles qui apparaîtraient nécessaires en équité. L'accord des parties sur la prestation et sa gratuité

conditionne et détermine le régime de la situation résultant de l'exécution. Sa qualification contractuelle, et celle des effets constituant ce régime, est pleinement justifiée.

925. Conclusion de la seconde partie. Le doute sur la qualification contractuelle de l'accord gratuit doit être dissipé. Certes, tous les accords gratuits ne sont pas dotés de la force obligatoire. Toutefois, des éléments objectifs adjoints à l'accord garantissent les fondements de sa force obligatoire. Certes, la force obligatoire des contrats à titre gratuit n'est pas exactement celle des contrats à titre onéreux. La gratuité justifie notamment une faculté de révocation pour ingratitude et en cas de préjudice considérable subi par le concédant. Mais le concédant peut, en principe, être forcé d'exécuter la prestation promise. L'accord gratuit peut constituer un contrat à titre gratuit obligatoire en ce sens que, lorsque des éléments s'y adjoignent, le concédant peut être contraint à l'exécution. De plus, c'est l'accord des parties sur la prestation qui détermine le régime juridique applicable à la situation résultant de l'exécution. Peu importe que les parties n'aient souhaité que la réalisation de l'opération et se soient désintéressées de ses effets juridiques. C'est l'accord des parties sur la prestation qui justifie sa gratuité, et ainsi l'absence d'indemnisation du concédant. C'est encore cet accord qui délimite et qui fonde les effets nécessaires pour concrétiser juridiquement la prestation ainsi que les effets qui lui sont accessoires. L'accord gratuit exécuté constitue donc un contrat à titre gratuit.

CONCLUSION GÉNÉRALE

926. Les deux grandes idées défendues par ce travail peuvent être rapidement résumées : la gratuité doit s'entendre de la bienfaisance, d'une part, et l'accord sur une prestation gratuite constitue un contrat, d'autre part.

927. Le contrat à titre gratuit doit être défini selon la conception bienfaisante de la gratuité comme le contrat par lequel une personne, le concédant, fournit volontairement un avantage à une autre, le bénéficiaire, dans l'intention, bienfaisante, de le préférer à lui-même. La conception abstraite de la gratuité, retenue par la doctrine moderne et consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016[1640], ne constitue pas un horizon indépassable. Il s'agit de l'orientation actuelle d'un droit plutôt fluctuant sur sa conception de la gratuité[1641]. Nous avons défendu l'adoption de la conception bienfaisante, laquelle nous paraît plus conforme à la fois à la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de qualification de la donation, au contrôle de l'existence de la cause tel qu'il était exercé sous l'empire du code civil de 1804, et aux finalités du régime de la gratuité, c'est-à-dire des éléments de régime applicables aux contrats à titre gratuit par dérogation au droit commun des contrats[1642]. L'adoption de la conception bienfaisante de la gratuité est d'autant plus justifiée que celle-ci s'appuie sur des éléments objectifs, la relation d'affection entre les parties ou l'affectation de l'avantage à une œuvre philanthropique, qui permettent de présumer l'intention bienfaisante du bénéficiaire, autrement inaccessible[1643]. La conception bienfaisante de la gratuité peut être maintenue à la condition, pour la jurisprudence et la doctrine, de procéder à une interprétation souple des textes issus de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats et des obligations[1644]. L'article 1107 du code civil définit en effet le contrat à titre onéreux comme celui dans lequel « *chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure* » et le contrat à titre gratuit comme celui dans lequel « *l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie* ». Il faut retenir, malgré la lettre de l'alinéa premier, que la contrepartie attendue par le concédant d'un contrat à titre onéreux s'entend non seulement d'une contrepartie prévue à l'acte reçue de l'autre partie, mais de tout avantage, actuel, futur ou éventuel, attendu de l'autre partie ou d'un tiers, et que cet avantage doit être

1640 Voir *supra*, n^os^ 74-97.
1641 Voir *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre premier, Section I.
1642 Voir *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre second.
1643 Voir *supra*, n^os^ 137-143.
1644 Voir *supra*, n^o^ 303.

équivalent à celui procuré à l'autre partie. Il faudrait également juger, malgré le silence de l'alinéa second, que seule la fourniture d'un avantage accompagnée d'une intention bienfaisante caractérise le contrat à titre gratuit.

928. L'accord gratuit, qui constitue un accord sur une opération socio-économique, peut constituer un contrat lorsque les fondements de sa force obligatoire sont garantis. La doctrine doute de la qualification contractuelle de l'accord sur une prestation gratuite, et tout particulièrement de celle de la convention d'assistance bénévole. Certes, la gratuité fait échec aux fondements de la force obligatoire du contrat. Elle fait notamment douter de l'intention des parties de produire des effets de droit. Mais il importe peu que les parties n'aient pas envisagé la production d'effets de droit. Dès lors qu'elles ont souhaité la réalisation de la prestation gratuite et que leur engagement est sérieux, il faut faire produire à leur accord les effets nécessaires pour concrétiser juridiquement cette prestation[1645]. Des éléments objectifs sont de nature à établir le sérieux de cet engagement : l'adoption d'une forme, l'implication d'un tiers au rapport de gratuité, le commencement d'exécution[1646]. Tout doute sur la qualification contractuelle de l'accord gratuit doit être écarté. La gratuité de l'accord ne fait pas obstacle à sa qualification contractuelle.

929. Les développements qui ont servi à construire ces deux idées piochent dans diverses disciplines. Il paraît donc opportun de rappeler certaines des questions diverses, centrales ou plus accessoires, qui ont émaillé ce travail, dans l'ordre de l'étude universitaire du droit civil.

930. Introduction générale au droit : l'acte gratuit ne peut être relégué dans le non-droit ; il donne lieu à certaines présomptions allégeant le fardeau de la preuve. L'introduction générale au droit a notamment pour objet la définition et la délimitation du droit. Or, des auteurs doutent de la juridicité de la gratuité, et notamment de la bienfaisance. Il fallait donc démontrer que l'accord sur la prestation gratuite et la prestation elle-même constituaient un sujet juridique. L'affirmation sommaire de l'introduction, selon laquelle le droit ne peut ignorer les accords et prestations gratuites et leurs conséquences sur la situation des parties[1647], s'est confirmée dans la seconde partie : il est des circonstances dans lesquelles il est juste de contraindre le concédant à exécuter l'accord gratuit ou de reconnaître les effets juridiques

1645 Voir *supra*, Seconde partie, Titre premier.
1646 Voir *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre deuxième.
1647 Voir *supra*, n^{os} 30-30.

nécessaires pour concrétiser juridiquement la prestation voulue par les parties. La préférence pour le non-droit doit céder au profit d'une juridicité mesurée mais nécessaire.

931. La gratuité soulève également des questions de preuve. La doctrine se fait l'écho d'une présomption de gratuité ou une présomption de rémunération. Le contrat à titre gratuit est soumis aux règles de preuve de droit commun : il incombe à celui qui allègue l'existence d'un contrat à titre gratuit de prouver l'existence du contrat et de prouver la gratuité. Corrélativement, il incombe à celui qui allègue l'absence de contrat à titre gratuit de prouver cette absence. Ainsi, celui qui a fourni une prestation dont il demande l'indemnisation sur le fondement de l'enrichissement injustifié doit prouver l'absence de contrat à titre gratuit[1648]. Il n'y a pas de présomption de gratuité mais plutôt absence de présomption de rémunération[1649]. Il existe cependant une présomption de rémunération de la prestation fournie par le professionnel en cette qualité[1650]. Elle est justifiée par la nature même de l'activité professionnelle. Par ailleurs, il existe une présomption qui permet seule d'établir l'existence d'une intention bienfaisante. Les motifs étant inaccessibles, ils ne peuvent, en eux-mêmes, être prouvés. Toutefois, lorsqu'il est objectivement constaté, d'une part, que le contrat est désintéressé, c'est-à-dire que les parties se sont accordées sur la fourniture d'un avantage par une partie à une autre, et, d'autre part, qu'il existe une relation d'affection entre les parties ou que l'avantage est affecté à la réalisation d'une œuvre philanthropique, l'intention bienfaisante peut être présumée[1651].

932. Droit des personnes : certains avantages reçus par le donneur d'éléments et produits du corps humain excluent la gratuité du don ; les sociétés, personnes morales « intéressées », ne peuvent accomplir d'acte gratuit ; il n'existe pas, en droit positif, de modèle de personne morale philanthrope. L'analyse contractuelle de la contrepartie peut éclairer le régime des dons d'éléments et produis du corps humain. L'allocation de sommes prévues lors de l'émission du consentement au don peut constituer une contrepartie qui, si elle est subjectivement équivalente au sacrifice consenti par le donneur, peut laisser présumer une motivation intéressée de celui-ci[1652].

933. Ce travail a également été l'occasion de revenir sur la personne morale particulière que constitue la société, et sur les rapports entre capacité, intérêt social et intelligibilité des actes accomplis par la celle-ci. Gratuité et société paraissent à première vue antinomique. Mais la

1648 Voir *supra*, n^os^ 810-814.
1649 Voir *supra*, n^o^ 766.
1650 Voir *supra*, n^os^ 753-755.
1651 Voir *supra*, n^os^ 137-143.
1652 Voir *supra*, n^o^ 340.

Cour de cassation est régulièrement amenée à se prononcer sur des actes sans contrepartie consentis par une société ou au profit d'une société. La société est donc susceptible de conclure des contrats à titre gratuit. Sauf stipulation contraire, des statuts notamment, ni la contrariété à l'objet social, ni la contrariété à l'intérêt social, ni l'incapacité de la société ne semble pouvoir être invoquée pour annuler ces contrats[1653]. Les actes sociaux, comme tous les contrats, sont toutefois soumis au contrôle de l'intelligibilité de l'engagement, antérieurement réalisé par l'intermédiaire de la cause. Pour rendre intelligible l'engagement de la société, il faut rechercher soit l'œuvre philanthropique à laquelle l'acte contribue soit la relation d'affection entre deux personnes physiques, associées ou dirigeantes de la société ou des sociétés parties à l'acte. À défaut, le contrat est nul[1654]. Et si la prise en compte du membre personne physique est surprenante, elle nous paraît nécessaire pour fonder la validité d'un contrat qui, autrement, serait inintelligible.

934. Droit de la famille : en cas de déséquilibre substantiel entre les prestations domestiques réciproques fournies par les concubins ou entre un enfant adulte et son parent, ce déséquilibre peut être indemnisé sur le fondement de l'enrichissement injustifié. La famille semble être le lieu de prédilection de la gratuité. Nous avons d'ailleurs retenu que l'existence d'une relation d'affection, et notamment une relation familiale, fonde, en cas d'accord sur la fourniture d'un avantage sans contrepartie équivalente, la présomption d'intention bienfaisante. Néanmoins, l'intention bienfaisante ne peut être présumée qu'en présence d'un accord sur l'absence de contrepartie, d'un avantage volontairement consenti. Les relations d'affection, en ce compris la famille, ne donnent pas lieu à une présomption d'absence de contrepartie aux prestations fournies. C'est par ce prisme que nous nous sommes penchée sur la question de l'indemnisation des prestations intra-familiales, qui occupe la jurisprudence, notamment, au sujet des prestations domestiques fournies entre concubins ou d'un enfant à son parent adulte dépendant. Nous avons affirmé que ces prestations doivent en principe être indemnisées. Le droit commun, par l'intermédiaire de l'action en enrichissement injustifié, constitue un fondement adéquat[1655]. La seule dérogation justifiée par le contexte familial est l'admission d'un seuil en dessous duquel le déséquilibre entre les prestations réciproques n'est pas indemnisé, qui peut être rattaché à l'application de l'adage *de minimis non curat praetor*[1656]. La solution jurisprudentielle qui impose à chacun des concubins de conserver la charge des

1653 Voir *supra*, n^os^ 437-448.
1654 Voir *supra*, n^os^ 469-475.
1655 Voir *supra*, n^os^ 759-767 et 773.
1656 Voir *supra*, n^os^ 804-808, spéc. 808.

dépenses de la vie commune constitue donc une dérogation au droit commun injustifiée et nous paraît devoir être abandonnée[1657].

935. Droit des contrats – conditions de formation du contrat : le contrôle de l'intelligibilité de l'engagement, antérieurement exercé par la cause, doit subsister postérieurement à l'ordonnance de réforme ; en matière de gratuité, la forme constitue une garantie des fondements de la force obligatoire de l'engagement. L'étude de la possibilité d'ériger l'intention bienfaisante en critère du contrat à titre gratuit nous a conduit à constater que le contrôle de l'existence de la cause contenait, avant 2016, un contrôle de l'intelligibilité de l'engagement. Il s'agissait de vérifier que cet engagement était rationnel ou tout au moins compréhensible par une personne extérieure. Ce contrôle supposait de vérifier l'existence d'éléments objectifs permettant d'établir que celui qui s'engageait était animé par des motifs intéressés, l'obtention d'une contrepartie ou d'un avantage extérieur à l'acte, ou des motifs bienfaisants. Ce contrôle doit être conservé. La force obligatoire du contrat ne peut être conférée à un engagement non intelligible[1658]. Or, le maintien d'un contrôle de l'intelligibilité de l'engagement après 2016 suppose d'adopter l'intention bienfaisante comme critère du contrat à titre gratuit.

936. Par ailleurs, il est classique de relever que le formalisme constitue un des points communs des régimes des contrats à titre gratuit. La forme joue un rôle tout particulier en matière de contrat à titre gratuit. Sans faire renaître le formalisme substantiel du droit romain, nous avons relevé que la forme garantit les fondements de la force obligatoire de l'engagement gratuit[1659]. L'accord relatif à une prestation gratuite, y compris un service gratuit, ne peut avoir force obligatoire s'il est informel[1660]. La forme authentique et la « forme onéreuse », c'est-à-dire la conclusion d'un contrat comportant une contrepartie fictive ou déséquilibrée, garantissent les fondements de la force obligatoire de l'engagement de prêter et de recevoir en dépôt. En particulier, la pleine force obligatoire de l'accord de prêt et de dépôt doit être reconnue dans ces hypothèses[1661].

937. Droit des contrats – sanctions de l'inexécution : le contrat à titre gratuit peut faire l'objet d'une exécution forcée et donne lieu à indemnisation de l'intérêt positif sauf si elle cause au concédant un préjudice considérable. Certains auteurs doutent de la possibilité pour

1657 Voir *supra*, n^os^ 858-862.
1658 Voir *supra*, n^os^ 217-225.
1659 Voir *supra*, n^os^ 575-585.
1660 Voir *supra*, n^os^ 591-595.
1661 Voir *supra*, n^os^ 608 et 612.

le concédant d'obtenir l'exécution forcée d'un contrat à titre gratuit. Ce doute doit être dissipé. La gratuité n'exclut pas l'exécution forcée. Elle n'écarte pas l'indemnisation de l'intérêt positif, c'est-à-dire tendant à placer le créancier dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été exécuté[1662].

938. Cette affirmation fait l'objet d'une réserve. Le concédant ne peut être tenu ni à l'exécution, ni au versement de dommages-intérêts si l'exécution cause un préjudice considérable au concédant[1663]. Il y a là application de l'idée selon laquelle la prestation gratuite ne doit pas porter préjudice au concédant, et généralisation de la possibilité pour le prêteur d'obtenir la restitution anticipée de sa chose en cas de besoin pressant et imprévu. Cette généralisation peut résulter d'une simple interprétation jurisprudentielle des textes relatifs à la responsabilité du mandataire et du dépositaire. En ce qui concerne la donation, elle pourrait donner lieu à une modification législative, sur le modèle des règles prévues en droit allemand et espagnol[1664].

939. Droit des contrats, régime général de l'obligation, droit des sûretés : les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité constituent une catégorie à part. La doctrine connaît la catégorie des opérations à trois personnes. Nous lui avons préféré une catégorie, désignée sous le terme d'opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité, définie comme celles par lesquelles un concédant procure un avantage à un bénéficiaire, lequel fait l'objet d'un contrat auquel est partie une personne qui n'est ni concédante, ni bénéficiaire de la prestation gratuite[1665]. Il s'agit notamment des sûretés pour autrui et de la stipulation pour autrui. La Cour de cassation, approuvée par la doctrine, a exclu ces opérations du contrôle de l'intelligibilité de l'engagement. Cette solution est justifiée, théoriquement, par le fait que cette intelligibilité réside dans la relation entre le concédant et le bénéficiaire, à laquelle le tiers au rapport de gratuité n'est pas partie et dont il peut être autorisé à se désintéresser. Elle est justifiée, en opportunité, par l'impératif de protection du tiers au rapport de gratuit notamment, en matière de sûreté pour autrui, en raison de son rôle de dispensateur de crédit[1666].

940. Ces opérations peuvent être qualifiées de gratuites lorsqu'elles sont inspirées par une intention bienfaisante. Mais l'application du régime de la gratuité doit tenir compte de leur spécificité et protéger le tiers au rapport de gratuité qui peut ignorer cette gratuité.

1662 Voir *supra*, n^os^ 688-699.
1663 Voir *supra*, n^o^ 682-687.
1664 *Ibid.*
1665 Voir *supra*, n^o^ 227.
1666 Voir *supra*, n^os^ 241-243.

L'intelligibilité de l'engagement du concédant n'est pas contrôlée[1667]. L'implication d'un tiers au rapport de gratuité constitue une garantie de la force obligatoire de l'engagement du concédant[1668]. À défaut d'accord sur la gratuité du service rendu, le concédant peut également obtenir indemnisation de la prestation en exerçant une action en enrichissement injustifié[1669]. L'analyse proposée ne bouleverse pas substantiellement les solutions admises en droit positif. Il s'agit d'un apport principalement doctrinal. Et cette catégorie n'a pas vocation à se substituer à d'autres déjà existantes, celle des opérations à trois personnes notamment. Pertinente pour l'analyse de la gratuité, elle ne peut que nourrir les réflexions sur les autres difficultés suscitées par les opérations à trois personnes.

941. Droit de la responsabilité civile extra-contractuelle : sauf acte de dévouement, le transport bénévole et l'assistance bénévole donnent lieu à un contrat à titre gratuit ; la conclusion ou la rétractation de l'accord gratuit non contractuel peut constituer une faute. Nous sommes également revenus sur le débat relatif à la qualification contractuelle du transport bénévole et de l'assistance bénévole. Selon nous, cette qualification doit être retenue. Lorsque les fondements de la force obligatoire de l'engagement sont garantis, l'accord sur la fourniture de ces prestations constitue un contrat à titre gratuit. La responsabilité du transporteur et du transporté, de l'assistant ou de l'assisté, relève de la responsabilité contractuelle et non de la responsabilité délictuelle[1670]. La jurisprudence relative à la qualification contractuelle de la convention d'assistance bénévole doit être maintenue[1671]. Il conviendrait d'admettre le fondement contractuel de la responsabilité du transporteur bénévole lorsque celle-ci est engagée sur le fondement du droit commun, ce qui, au regard du nombre important de textes spéciaux, sera désormais très rare.

942. Ce n'est que lorsque les fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit ne sont pas garantis, ce qui suppose notamment que la prestation n'ait pas été exécutée, qu'il peut être envisagé de rechercher la responsabilité extra-contractuelle du concédant. Nous avons ainsi éclairé deux cas particuliers de fautes délictuelles. D'une part, constitue une faute dans la conclusion de l'accord le fait de consentir à un accord gratuit en connaissance des espoirs nés chez le bénéficiaire et de la probabilité de l'absence de satisfaction de ces espoirs. D'autre part,

1667 Voir *supra*, n^{os} 237-243.
1668 Voir *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre troisième, Section II.
1669 Voir *supra*, n^{os} 777-788.
1670 Voir *supra*, n^{os} 914-916.
1671 Voir *supra*, n^{o} 917.

caractérise une faute dans la rétractation de l'accord sa rupture tardive ou brutale lorsqu'elle est injustifiée[1672].

943. Droit des quasi-contrats : toute prestation doit donner lieu à indemnisation sur le fondement de l'enrichissement injustifié ou de la restitution de l'indu, sauf accord sur l'absence de contrepartie ou de restitution. L'étude de la gratuité a permis, en creux, de réaffirmer le principe selon lequel toute peine mérite salaire. À défaut d'accord sur la gratuité d'une prestation, celle-ci doit faire l'objet d'une indemnisation. L'action en enrichissement injustifié constitue un fondement adéquat[1673]. De même, à défaut d'accord sur le caractère définitif et gratuit d'un transfert, la remise d'une chose, d'une somme d'argent, ou le paiement de la dette d'autrui doit donner lieu à restitution de la somme ou du bien[1674]. La preuve de l'accord sur la gratuité, qui constitue donc un contrat à titre gratuit, exclut l'indemnisation et la restitution. L'intention libérale, qui n'est que le motif de l'engagement du donateur, ne peut être présumée de la seule relation d'affection qu'en présence d'un tel accord sur la gratuité. La relation d'affection ne suffit pas à présumer une intention libérale faisant échec à l'action fondée sur l'enrichissement injustifié ou sur la restitution de l'indu[1675].

944. Droit des contrats spéciaux – prêt et dépôt gratuits : seules les formes garantissant la force obligatoire de l'engagement engagent les parties ; à défaut d'accord sur l'absence de restitution, la remise de la chose donne naissance à une obligation de restitution fondée sur le quasi-contrat de restitution de l'indu. En droit positif, les contrats de prêt et de dépôt sont considérés comme des contrats réels, qui ne se forment que lors de la remise de la chose. À défaut de remise de la chose, seule existe une promesse de prêt ou de dépôt, qui ne peut donner lieu à exécution forcée mais seulement à l'octroi de dommages-intérêts. Les avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux proposent de conserver cette règle pour le dépôt, et, en ce qui concerne l'avant-projet de la commission Stoffel-Munck, également pour le prêt. Nous avons analysé ces règles par le prisme de la force obligatoire. La promesse de prêt ou de dépôt gratuit nous paraît devoir être obligatoire, et susceptible d'exécution forcée, lorsque les fondements de la force obligatoire sont garantis. C'est le cas lorsque les parties ont conclu un acte authentique ou qu'ils ont stipulé une contrepartie déséquilibrée ou fictive à l'avantage procuré par le concédant. La promesse de prêt ou de dépôt gratuit ne devrait pas être obligatoire, et ne donner lieu à aucuns dommages-intérêts, lorsque ces fondements ne sont pas garantis.

1672 Voir *supra*, n^os^ 719-722.
1673 Voir *supra*, n^os^ 759-767.
1674 Voir *supra*, n^os^ 829-864.
1675 Voir *supra*, *ibid.* et n^os^ 791-799.

Ainsi, la promesse conclue verbalement ou par acte sous signature privée ne devrait pas constituer un accord obligatoire susceptible d'une quelconque sanction. Au contraire, dès lors que la promesse de prêt ou de dépôt est conclue à titre onéreux, aucune formalité ne nous paraît s'imposer. La même analyse doit, d'ailleurs, être appliquée au contrat de mandat et à la convention d'assistance bénévole. Une éventuelle réforme du droit des contrats spéciaux pourrait donc consacrer la spécificité des contrats à titre gratuit en ce qui concerne leur mode de formation.

945. Par ailleurs, la Cour de cassation juge avec constance que la preuve de la remise de fonds ne suffit pas à prouver l'existence d'une obligation de les restituer. Cette solution ne nous paraît s'imposer que lorsqu'est alléguée une obligation contractuelle de restitution. Il appartient à celui qui sollicite l'exécution d'une obligation contractuelle de la prouver en se conformant aux règles relatives à la preuve des contrats. Cependant, rien ne nous paraît faire obstacle à ce que le *solvens* se fonde sur la restitution de l'indu pour obtenir restitution de la somme versée. Dès lors qu'il prouve le versement de la somme d'argent et l'absence d'accord sur l'absence de restitution. La seule existence d'une relation d'affection entre lui-même et l'*accipiens* ne peut lui être opposée : il appartient à l'*accipiens* qui allègue l'existence d'un don manuel de le prouver[1676]. Nous ne pouvons que recommander aux plaideurs de fonder leurs demandes de restitution sur la restitution de l'indu.

946. Droit des contrats spéciaux – mandat et assistance bénévole : l'atténuation de la responsabilité du mandataire, qui doit être étendue à l'assistant bénévole, s'entend d'un allègement de la diligence attendue et non une modération des dommages-intérêts dus. La Cour de cassation juge que l'atténuation de la responsabilité du mandataire prévue par l'article 1992 du code civil s'entend d'une souplesse dans l'appréciation de sa faute. Une partie de la doctrine critique cette solution en jugeant que ce n'est pas la faute qui doit être appréciée avec moins de rigueur mais les dommages-intérêts dus par le mandataire qui doivent être modérés. Quant à l'assistant bénévole, la Cour de cassation semble récemment avoir exclu que sa responsabilité soit appréciée avec moins de rigueur. Les avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux adoptent des positions divergentes sur ces points. Selon nous, l'accord sur la gratuité justifie une atténuation des diligences attendues du concédant, mais non une modération des dommages-intérêts dus par lui[1677].

1676 Voir *supra*, n^os^ 829-864, spéc., au sujet de la remise de somme d'argent, n^o^ 846.
1677 Voir *supra*, n^os^ 884-893.

947. Droit des libéralités – notion de donation : comme tout contrat à titre gratuit, la donation est caractérisée par la fourniture d'un avantage par le donateur au donataire, sans poursuite d'un intérêt interne ou externe à l'acte, dans une intention bienfaisante ; le régime de la donation ne peut être appliquée qu'aux accords, ce qui suppose un accord de volontés. La donation est caractérisée par un élément matériel et un élément intentionnel. Ces deux éléments doivent être définis de manière à intégrer le critère de bienfaisance caractéristique du contrat à titre gratuit. Ainsi, la caractérisation de l'élément matériel exclut l'existence d'un avantage équivalent attendu par le donateur, que cet avantage soit fourni par le bénéficiaire ou par un tiers, qu'il soit interne ou externe à l'acte[1678]. L'élément intentionnel, l'intention libérale, qui constitue un cas particulier d'intention bienfaisante, s'entend de l'intention de préférer autrui à soi-même. Il peut être présumé en présence d'une relation d'affection entre concédant ou bénéficiaire ou de l'affectation de l'avantage procuré à la poursuite d'une œuvre philanthropique[1679]. Cette analyse correspond, à notre sens, à la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle est néanmoins minoritaire en doctrine.

948. Nous avons également affirmé l'importance de l'acceptation par le bénéficiaire de la prestation, et plus généralement d'un accord de volontés entre le concédant et le bénéficiaire. Cette affirmation s'inscrit dans deux champs de réflexion. D'une part, nous avons critiqué certaines utilisations du terme « intention libérale ». La Cour de cassation l'emploie fréquemment seul, indépendamment de toute caractérisation d'une libéralité. C'est le cas, notamment, en matière d'enrichissement injustifié ou de répétition de l'indu : l'intention libérale seule fait obstacle à ces actions. Or, l'intention libérale colore l'accord sur la fourniture d'un avantage sans contrepartie. Elle ne constitue pas cet accord. C'est à cette condition que l'existence d'une relation d'affection entre les parties suffit à la présumer. Le terme « intention libérale » doit donc être réservé à l'opération de qualification de l'accord sur la fourniture d'un avantage sans contrepartie équivalente de donation. D'autre part, nous avons émis des réserves relatives à la tendance jurisprudentielle à qualifier de donations rapportables des avantages dont il n'est pas établi qu'ils aient fait l'objet d'un accord entre concédant et bénéficiaire. Les tribunaux ne peuvent omettre de caractériser un tel accord, fût-il présumé en cas de réception de la prestation par le bénéficiaire[1680].

1678 Voir *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre premier.
1679 Voir *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre second.
1680 Voir *supra*, n^os^ 904-905.

949. Droit des libéralités – validité des donations en la forme : seules les formes garantissant les fondements de la force obligatoire de l'engagement des parties rendent valables les donations, doivent donc être exclues les « donations indirectes » qui ne constituent ni des contrats onéreux déséquilibrés, ni des opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité. Nous avons proposé une analyse du formalisme de la donation dans la perspective de sa finalité de garantie des fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit. Il nous est apparu que les exceptions au formalisme authentique de l'article 931 n'étaient justifiées que tant qu'elles garantissaient les fondements de la force obligatoire de l'accord. Trois ensembles d'éléments jouent ce rôle : la forme onéreuse, l'implication d'un tiers au rapport de gratuité, le commencement d'exécution. La forme onéreuse recouvre ce que la doctrine désigne par les termes de donation déguisée et de donation indirecte consentie par acte onéreux déséquilibré. La remise de la chose dans le don manuel constitue une exécution. Mais certaines des formes admises par la doctrine ou la jurisprudence comme constituant une forme valable, et plus particulièrement certaines donations indirectes, ne relèvent d'aucune de ces catégories. Il s'agit, par exemple, de la reconnaissance de dette, de la remise de dette ou des renonciations en général. Elles ne garantissent pas les fondements de la force obligatoire. Nous préconisons d'exclure les donations réalisées sous ces formes de la catégorie des donations indirectes et de les qualifier de donations informelles, nulles faute de respecter l'article 931 du code civil. Une telle solution peut résulter d'une simple évolution jurisprudentielle, sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à une modification législative.

950. Permanence historique de la bienfaisance. Au sujet de la bienfaisance et de la charité, l'historien Paul Veyne a relevé : « *Mais à quoi reconnaîtrons-nous ces vertus à travers leurs avatars millénaires ? Où sera l'invariant ? Sera-t-il dans les intentions dont sont pavés leurs auteurs, dans leurs dispositions bienveillantes ?*[1681] ». L'objet de l'action bienfaisante ou charitable est relatif : « *Il n'est de "psychologie" qu'historique : les réactions d'un philanthrope antique, qui est aussi sensible qu'on peut l'être aux malheurs d'un concitoyen, mais dont les yeux restent secs devant les haillons d'un métèque, ne sauraient être les nôtres*[1682] ». Toutefois, l'existence de l'action bienfaisante, elle, peut être considérée comme intemporelle : « *Les valeurs, le Noble ou le Juste, sont peut-être à la fois éternelles et matérielles : il est fâcheux que les buts qui nous motivent, eux, soient historiques*[1683] ». Nul doute que les éléments de

1681 P. VEYNE, *Le Pain et le Cirque. Sociologie historique d'un pluralisme politique*, Seuil, 1995, p. 67.
1682 *Ibid.*, p. 68.
1683 *Ibid*.

nature à caractériser l'acte bienfaisant sont relatifs. Mais nous pensons que son existence et le principe de son appréhension par le droit, eux, demeureront.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux, traités et manuels

ALFANDARI (É.) (dir.), *Associations*, Dalloz, 2000
ATIYAH (P.), *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford University Press, 1979
AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, tome 3, 3e édition, Imprimerie et librairie générale de droit et de jurisprudence, 1856
AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, tome 5, 3e édition, Imprimerie et librairie générale de droit et de jurisprudence, 1857
AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, 10e édition, LGDJ-Lextenso éditions, 2016
BARNES (M.), *The Law of Estoppel*, Hart Publishing, 2020
BARTHEZ (A.-S.) et HOUTCIEFF (D.), *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010
BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Précis de droit civil*, tome 2, 5e édition, Librairie du recueil général des lois et des arrêts, 1895
BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Précis de droit civil*, tome 3, 5e édition, Librairie du recueil général des lois et des arrêts, 1896
BEALE (H. G.) (dir.), *Chitty on Contracts*. *Volume I. General principles*, 30e edition, Sweet & Maxwell, 2008
BEATSON (J.), BURROWS (A.) et CARTWRIGHT (J.), *Anson's Law of Contract*, 30th edition, Oxford University Press, 2016
BEIGNIER (B.) et TORRICELLI-CHRIFI (S.), *Libéralités et successions*, 6e édition, LGDJ-Lextenso, 2022
BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14e édition, LGDJ-Lextenso, 2021
BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, 19e édition, LGDJ-Lextenso, 2021
BERGEL (J.-L.), CIMAMONTI (S.), ROUX (J.-M.) et TRANCHANT (L.), *Traité de droit civil, Les biens*, 3e édition, LGDJ, 2019
BEUDANT (R.) et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (R.), *Cours de droit civil français*, 2e édition, tome 6, avec la collaboration de P. Voirin, Rousseau et cie, 1934
BEUDANT (R.) et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (R.), *Cours de droit civil français*, 2e édition, tome 8, avec la collaboration de G. Lagarde, Rousseau et cie, 1934
BEUDANT (R.) et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (R.), *Cours de droit civil français*, 2e édition, tome 12, par R. Rodière et A. Percerou, Rousseau et cie, 1934
BONHOMME (R.) et ROUSILLE (M.), *Instruments de crédit et de paiement : introduction au droit bancaire*, 13e édition, LGDJ, 2019
BOURASSIN (M.) et BRÉMOND (V.), *Droit des sûretés*, 7e édition, Dalloz, 2020
CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.) et PÉTEL (P.), *Droit des sûretés*, 11e édition, LexisNexis, 2022
CALAMARI (J. D.) et PERILLO (J. M.), *The Law of Contracts*, 4th edition, West Group, 1998
CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.) et CHÉNEDÉ (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, 13e édition, Dalloz, 2015
CARBONNIER (J.), *Droit civil. 1. Introduction, les personnes, la famille, l'enfant*, PUF, 2004
CARBONNIER (J.), *Droit civil. 2. Les biens, Les obligations*, PUF, 2004
CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, 2e édition, Dalloz, 2018
CHARHON (F.) et COMBES (I.), *Fondations, Fonds de dotation*, 2e édition, Juriséditions, 2016
CHÉNEDÉ (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2e édition, Dalloz, 2018

COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 2, 10e édition, par L. Julliot de la Morandière, Dalloz, 1948
COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 3, 10e édition, par L. Julliot de la Morandière, Dalloz, 1950
COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, 11e édition, Dalloz, 2019
CORBIN (A. L.), *Corbin on contracts*, West Publishing Company, 1952
COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, 33e édition, LexisNexis, 2022
COZIAN (M.), DEBOISSY (F.) et CHADEFAUX (M.), *Précis de fiscalité des entreprises*, 45e édition, LexisNexis, 2021-2022
DAMAREY (S.), *Droit des associations*, Gualino, 2017
DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Droit commercial*, tome 2, 17e édition, LGDJ, 2004
DELVINCOURT (C. E.), *Cours de code Napoléon*, tome 1, Gueffier, 1813
DELVINCOURT (C. E.), *Cours de code Napoléon*, tome 2, Gueffier, 1813
DEMANTE (A. M.), *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 4, continué par E. Colmet de Santerre, Henri Plon, 1858
DEMANTE (A. M.), *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 5, continué par E. Colmet de Santerre, Henri Plon, 1865
DEMANTE (A. M.), *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 8, continué par E. Colmet de Santerre, Henri Plon, 1884
DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général. Tome 1. Sources des Obligations*, Librairie Arthur Rousseau, 1923
DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général. Tome 2. Sources des Obligations (suite)*, Librairie Arthur Rousseau, 1923
DEMOLOMBE (C.), *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 1, Imprimerie générale, 1877
DESHAYES (O.), GENICON (T.) et LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, 2e édition, LexisNexis, 2018
DOMAT (J.), *Œuvres de J. Domat par M. Carré*, tome 1, Kleffer, 1821
DROSS (W.), *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012
DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 10, Alex-Gobelet, 1830
DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 17, Alex-Gobelet, 1833
DURANTON (A.), *Traité des contrats et des obligations en général suivant le code civil*, tome 1, Neve-Rondonneau et Dècle-Garnery-Leloir, 1819
EISENBERG (M. A.), *Foundational Principles of Contract Law*, Oxford University Press USA, 2018
FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, 6e édition, PUF, 2021
FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations. 2. Responsabilité civile et quasi-contrat*, 4e édition, PUF, 2019
FARNSWORTH (E. A.), *Contracts*, 4e édition, Aspen Publishers, 2004
FENET (A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome 1, Videcoq, 1836
FENET (A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome 2, Videcoq, 1836
FENET (A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome 13, Videcoq, 1836
FLOUR (J.) et SOULEAU (H.), *Les libéralités*, Armand Colin, 1982
FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (É.), *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 17e édition, Sirey, 2022
FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (É.), *Les obligations. 2. Quasi-contrats, responsabilité délictuelle. 2. Le fait juridique*, 14e édition, Dalloz, 2011

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.), ANDREU (L.) et FORTI (V.), *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, 10e édition, Sirey, 2022
FRADIN (J.) et GEFFROY (J.), *Traité du droit fiscal de l'entreprise*, PUF, 2003
FRANÇOIS (J.), *Les obligations : régime général*, 6e édition, Economica, 2022
GERMAIN (M.) et MAGNIER (V.), *Traité de droit des affaires. Tome 2. Les sociétés commerciales*, 23e édition, LGDJ, 2022
GHESTIN (J.) et BARBIER (H.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, 5e édition, LGDJ-Lextenso, 2020
GHESTIN (J.), BILLIAU (M.) et LOISEAU (G.), *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005
GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 1 : le contrat, le consentement*, 4e édition, LGDJ, 2013
GHESTIN (J.), SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), AUBERT DE VINCELLES (C.), BRUNAUX (G.) et USUNIER (L.), *Les contrats de consommation. Règles communes*, Lextenso, 2018
GRIMALDI (M.), *Droit civil : libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000
GUÉVEL (D.), *Droit des successions et des libéralités*, 3e édition, LGDJ-Lextenso, 2014
GUTMANN (D.), *Droit fiscal des affaires*, 8e édition, Lextenso, 2017-2018
GUYON (Y.), *Droit des affaires. Tome 1. Droit commercial général et sociétés*, 12e édition, Economica, 2003
HOUTCIEFF (D.), *Droit commercial*, 4e édition, Sirey, 2016
HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.) et LÉCUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 3e édition, LGDJ-Lextenso, 2012
JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BACHELLIER (X.) et BUK LAMENT (J.), *La technique de cassation : pourvois et arrêts en matière civile*, 9e édition, Dalloz, 2018
JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 3e édition, Librairie du recueil Sirey, 1939
JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, tome 3, 3e édition, Librairie du recueil Sirey, 1940
JUBAULT (C.), *Droit civil : les successions, les libéralités*, 2e édition, Montchrestien, 2010
LARROUMET (C.) et BROS (S.), *Les obligations : le contrat*, 10e édition, Economica, 2021
LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, tome 10, Durand & Pedone Lauriel-Bruylant-Christophe et comp., 1874
LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, tome 12, Durand & Pedone Lauriel-Bruylant-Christophe et comp., 1874
LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, tome 15, Durand & Pedone Lauriel-Bruylant-Christophe et comp., 1874
LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, tome 16, Durand & Pedone Lauriel-Bruylant-Christophe et comp., 1874
LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, tome 28, Durand & Pedone Lauriel-Bruylant-Christophe et comp., 1874
LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 9e édition, LGDJ-Lextenso éditions, 2022
LE TOURNEAU (P.), FISCHER (J.) et TRICOIRE (E.), *Principaux contrats civils et commerciaux*, Ellipses, 2005
LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux*, 2e édition, LGDJ-Lextenso, 2012
LEGEAIS (D.), *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 15e édition, LGDJ, 2022
LEROYER (A.-M.), *Droit de la famille*, PUF, 2022
LEROYER (A.-M.), *Droit des successions*, 4e édition, Dalloz, 2020
LUCAS (F.-X.), *Manuel de droit de la faillite*, 4e édition, PUF, 2022
MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, 13e édition, Dalloz, 2022

MALAURIE (P.) et BRENNER (C.), *Les successions, les libéralités*, 10e édition, LGDJ-Lextenso, 2022
MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Droit des contrats spéciaux*, 12e édition, LGDJ-Lextenso, 2022
MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, 12e édition, LGDJ-Lextenso, 2022
MALINVAUD (P.), MEKKI (M.) et SEUBE (J.-B.), *Droit des obligations*, 16e édition, LexisNexis, 2021
MALLET-BRICOUT (B.), *Les biens, droits réels principaux*, 6e édition, Economica, 2019
MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 1962
MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil. Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983
MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), MAZEAUD (J.) ET CHABAS (F.), *Leçons de droit civil. Tome 2. 1. Obligations : théorie générale*, 9e édition, par F. Chabas, Montchrestien, 1998
MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), MAZEAUD (J.), LEVENEUR (L.) et MAZEAUD-LEVENEUR (S.), *Leçons de droit civil. Tome 4. 2. Successions - Libéralités*, 5e édition, Montchrestien, 1999
MENJUCQ (M.), SAINTOURENS (B.) et SOINNE (B.) (dir.), *Traité des procédures collectives*, 3e édition, LexisNexis, 2021
PÉDAMON (M.) et KENFACK (H.), *Droit commercial*, 4e édition, Dalloz, 2015
PÉROCHON (F.), *Entreprises en difficulté*, 11e édition, LGDJ-Lextenso éditions, 2022
PICOD (Y.) et ANSAULT (J.-J.), *Droit des sûretés*, 4e édition, PUF, 2022
PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, Pichon, 1900
PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, tome 3, Pichon, 1901
PONT (P.), *Commentaire-traité des petits contrats*, tome 1, 2e édition, Delamotte et fils, 1877
POTHIER (R.-J.), *Oeuvres complètes*, tome 1, Thomine et Fortic, 1821
POTHIER (R.-J.), *Oeuvres complètes*, tome 2, Thomine et Fortic, 1821
POTHIER (R.-J.), *Œuvres complètes. Tome 8. Traités des contrats de bienfaisance*, Thomine et Fortic, 1821
PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 8e édition, Dalloz, 2019
RAYNARD (J.) et SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, 10e édition, LexisNexis, 2019
RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol. Tome 2. Obligations, droits réels*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957
RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol. Tome 4. Régimes matrimoniaux. Successions-Libéralités*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1959
ROLAND (H.), *Droit des libéralités*, Ellipses, 2000
SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, 10e édition, LGDJ-Lextenso éditions, 2016
SAVATIER (R.), *Traité de la responsabilité civile. Tome 1. Les sources de la responsabilité civile*, 2e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951
SÉRIAUX (A.), *Les successions, les libéralités*, PUF, 1986
SERLOOTEN (P.), *Droit fiscal des affaires*, 21e édition, Dalloz, 2022-2023
SIMLER (P.) et DELEBECQUE (P.), *Les sûretés, la publicité foncière*, 7e édition, Dalloz, 2016
SIMLER (P.), *Cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 5e édition, LexisNexis, 2015
STARCK (B.), ROLAND (H.) ET BOYER (L.), *Obligations. Tome 2. Contrat*, 5e édition, Litec, 1995
TERRÉ (F.) et FENOUILLET (D.), *Droit civil. Les personnes*, 8e édition, 2012
TERRÉ (F.) et SIMLER (P.), *Régimes matrimoniaux*, 8e édition, 2019
TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, 10e édition, Dalloz, 2015

TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.) et GAUDEMET (S.), *Droit civil : les successions, les libéralités*, 4e édition, Dalloz, 2014
TERRÉ (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.) et CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil : les obligations*, 13e édition, Dalloz, 2022
TEYSSIÉ (B.), *Droit des personnes*, 22e édition, LexisNexis, 2020
THALLER (E.), *Traité élémentaire de droit commercial*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1898
TOULLIER (C.-B.-M.), *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 5, 4e édition, Warée, 1824
TOULLIER (C.-B.-M.), *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 6, 4e édition, Warée, 1824
TROPLONG (R. T.), *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*, tome 1, 2e édition, Administration du journal des notaires et des avocats, 1862
TROPLONG (R. T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. Du prêt*, Charles Hingray, 1845
TROPLONG (R. T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. Du dépôt et du séquestre*, Charles Hingray, 1845
TROPLONG (R. T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. Du mandat*, Charles Hingray, 1846
TROPLONG (R. T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. Du cautionnement et des transactions*, Charles Hingray, 1846
VERGÈS (E.), VIAL (G.) et LECLERC (O.), *Droit de la preuve*, 2e édition, PUF, 2022
VINEY (G.), *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, 3e édition, 2008
VOGEL (L.), *Du droit commercial au droit économique*, 20e édition, LGDJ-Lextenso, 2016
ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (T.), *Les biens*, 3e édition, PUF, 2008

II. Ouvrages spéciaux, cours, thèses et monographies

ABDEL-BAKI (A.), *Du rôle de la possession en matière mobilière*, th. Paris, 1943
ANCEL (P.), *Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux*, préf. H. Batiffol, Dalloz, 1975
ANDERSON (C.), *Free ! : comment marche l'économie du gratuit*, Flammarion, 2014
ANDREU (L.), *Du changement de débiteur*, préf. D. R. Martin, Dalloz, 2010
ARNAUD (A.-J.), *Les origines doctrinales du Code civil français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969
ATTIAS-DONFUT (C.), *Les solidarités entre générations. Vieillesse, Familles, État*, Nathan, 1995
AYNÈS (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. P. Malaurie, Economica, 1984
BARBAUD (M.-O.), *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, LGDJ, 2014
BELLAICHE (D.), *La gratuité en droit des affaires*, th. Paris I, 1998.
BENABOU (V.-L.) et ROCHFELD (J.), *À qui profite le clic ? : le partage de la valeur à l'ère numérique*, Odile Jacob, 2015
BÉNILSI (S.), *La gratuité en droit privé*, th. Montpellier, 2006
BENISTY (S.), *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, préf. T. Clay, Institut Universitaire Varenne, 2014
BERT (D.), *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, préf. X. Boucobza, Institut Universitaire Varenne, 2011
BILLIAU (M.), *La délégation de créance : essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, LGDJ, 1989

BOISSON (J.), *Les libéralités à caractère collectif*, préf. M. Grimaldi, Defrénois, 2018
BOITARD (M.), *Les contrats de services gratuits*, Librairie du Recueil Sirey, 1941
BOUT (R.), *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, préf. P. Kayser, LGDJ, 1972
BOUYSSOU (M.), *Les libéralités avec charges en droit civil français*, Librairie du Recueil Sirey, 1945
BRADBURN (S.), *Les systèmes d'échanges locaux*, préf. F. Deboissy, Dalloz, 2017
CAILLÉ (A.), *Don, intérêt et désintéressement*, 2e édition, Le bord de l'eau, 2014
CAMPION (L.), *La notion d'assistance en droit privé. Étude de doctrine, de jurisprudence et législation comparée*, Bruylant- Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1929
CAPITANT (H.), *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, 1923
CARBONNIER (J.), *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2014
CARBONNIER (J.), *Le régime matrimonial, sa stature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, th. Bordeaux, 1932
CASADO (A.), *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, préf. G. Loiseau, IRJS éditions, 2015
CASTRO (S.), *Les associations exerçant une activité commerciale. Contribution à la théorie de l'entreprise*, th. Paris, 1987
CATTALANO-CLOAREC (G.), *Le contrat de prêt*, préf. G. Loiseau, LGDJ-Lextenso, 2015
CATTO (M.-X.), *Le principe d'indisponibilité du corps humain. Limites de l'usage économique du corps*, préf. V. Champeil-Desplats, LGDJ, 2018
CHAMPEAUX (J.), *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, J. Buguet-Comptour, 1931
CHÉNEDÉ (F.), *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008
CLAVIEN (C.), *Je t'aide… moi non plus. Biologique, comportemental ou psychologique : l'altruisme dans tous ses états*, Vuibert, 2010
COMBOT (M.), *Quasi-contrat et enrichissement injustifié*, préf. J.-S. Borghetti, LGDJ, 2023
CRASTRE (J.), *La* summa divisio *des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui*, th. Paris I, 2020
DANIS-FATÔME (A.), *Apparence et contrat*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004
DANOS (F.), *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. Aynès, Economica, 2007
DE PAGE (H.), *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, Cours donné à la Faculté de Droit de l'Université de Gand (année académique 1956-1957), Bruylant, 1957
DEVILLE (S.), *L'objet de la libéralité*, préf. Marc Nicod, Defrénois, 2012.
DONZEL-TABOUCOU (C.), *La donation de valeurs mobilières*, préf. Y. Flour et P. Le Cannu, IRJS éditions, 2015
DOUCHY-OUDOT (M.), *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, préf. A. Sériaux, Economica, 1997
DOURDOU-PÉRÈS (C.), *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004
DUPEYROUX (J.-J.), *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955
DUPICHOT (P.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Editions Panthéon-Assas, 2005
ELSTER (J.), *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, Le Seuil, 2009
ESMEIN (P.), *Droit civil approfondi : L'acte juridique à titre gratuit*, Cours de droit, 1933
EYRAUD (A.-F.), *Le contrat réel : essai de renouveau à partir du droit des biens*, th. Paris I, 2003
FLOUR (J.), *Cours de droit civil : licence 4e année*, Les Cours de droit, 1963
FORGET (É.), *L'investissement éthique. Analyse juridique*, préf. I. Riassetto, Presses universitaires de Strasbourg, 2015

FORRAY (V.), *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, préf. G. Pignarre, LGDJ, 2007
FRANÇOIS (S.), *Le consentement de la personne morale*, préf. B. Fages, LGDJ, 2020
GAIARDO (P.), *Contribution à l'étude critique et comparative des théories du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ
GALBOIS-LEHALLE (D.), *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2020
GENICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007
GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006
GIJSBERS (C.), *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, 2015
GOBERT (M.), *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, préf. J. Flour, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957
GODBOUT (J.) et CAILLÉ (A.), *L'esprit du don*, La Découverte & Syros, 2000
GORLA (G.), *Le contrat dans le droit continental et en particulier dans le droit français et italien*, Instituto universitario di studi europei, 1958
GOUBEAUX (G.), *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. Tallon, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969
GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, préf. Y. Lequette, Defrénois, 2007
GROSSER (P.), *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, th. Paris I, 2000
GRUA (F.), *L'acte gratuit en droit commercial*, th. Paris I, 1978
GRYNBAUM (L.) et NICOD (M.) (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004
GUEDJ (V.), *Essai sur le régime juridique des fondations*, th. Paris II, 1999
GUERRIERO (M.-A.), *L'acte juridique solennel*, préf. J. Vidal, LGDJ, 1975
GUINCHARD (S.), *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, LGDJ, 1976
HAFTEL (B.), *La notion de matière contractuelle en droit international privé. Étude dans le domaine du conflit de lois*, th. Paris. II, 2008
HAMEL (J.), *La notion de cause dans les libéralités*, th. Paris, 1920
HARTMAN (F.), *La notion de libéralité*, préf. A.-M. Leroyer, IRJS éditions, 2020
HÉNAFF (M.), *Le Don des philosophes. Repenser la réciprocité*, Seuil, 2012
HOUSSIER (J.), *Les dettes familiales*, préf. A.-M. Leroyer, IRJS éditions, 2017
HUET (J.), R*esponsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. Essai de délimitation des deux ordres de responsabilité*, th. Paris II, 1978
IZORCHE (M.-L.), *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, préf. J. Mestre, PUAM, 1995
JACQUES (P.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. Chabas, Dalloz, 2005
JESTAZ (P.), *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968
JEULAND (E.), *La justice des émotions*, LGDJ, 2020
JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, rééd., Dalloz, 2006
JUILLET-RÉGIS (H.), *La force obligatoire du contrat. Réflexion sur l'intérêt au contrat*, th. Paris II, 2015
KAYSER (P.), *Sociétés et associations, leurs domaines d'application*, th. Nancy, 1928
KOLM (S.-C.), *La bonne économie*, PUF, 1984
KRAJESKI (D.), *L'*intuitus personae *dans les contrats*, La Mouette, 2001
LAITHIER (Y.-M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, 2004
LAMBERT (S.), *L'intention libérale dans les donations*, préf. E. Putman, PUAM, 2006
LARROUMET (C.), *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, th. Bordeaux, 1968

LAUDE (A.), *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, préf. J. Mestre, LGDJ, 1992
LE GALLOU (C.), *La notion d'indemnité en droit privé*, préf. A. Sériaux, LGDJ, 2007
LE ROY (M.), *La loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs*, préf. C. Zolynski et N. Sauphanor-Brouillaud, Dalloz, 2023
LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, LGDJ, 2012
LEVENEUR (L.), *Situations de fait et droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ, 1990
MAISONNASSE (F.), *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préf. P. Murat, LGDJ, 2016
MARTIN (X.), *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Dominique Martin Morin, 2003
MARTIN (X.), *Retour sur un itinéraire. Du code Napoléon au siècle des lumières*, Dominique Martin Morin, 2010
MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, préf. P. Raynaud, Recueil Sirey, 1951
MASSON (A.), *Des liens et des transferts entre générations*, EHESS, 2009
MAUSS (M.), *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, 2e édition, PUF, 2014
MÂZOUZ (A.), *Le prix du corps humain*, préf. G. Loiseau, L'Harmattan, 2020
MÉAU-LAUTOUR (H.), *La donation déguisée en droit civil français*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1985
MICHEL (J.), *La gratuité en droit romain*, Université libre de Bruxelles, 1962
MONTAS (A.), *Le quasi-contrat d'assistance*, préf. Y. Tassel, avant-propos M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2007
MONTEILLET-GEFFROY (M.), *Les conditions de l'enrichissement sans cause dans les relations de famille*, préf. F. Monéger, La Mouette, 2001
MONTREDON (J.-F.), *La désolennisation des libéralités*, préf. B. Teyssié, LGDJ, 1989
MORON-PUECH (B.), *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, préf. D. Fenouillet, postface J. Combacau, LGDJ, 2020
MOULY-GUILLEMAUD (C.), *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, préf. D. Ferrier, av.-prop. C. Atias et R. Cabrillac, LGDJ, 2006
NICOD (M.), *Le formalisme en droit des libéralités*, La Mouette, 2001
NOBLOT (C.), *La qualité du contractant comme critère légal de protection*, préf F. Labarthe, LGDJ, 2002
O'MAHONY (Y.), *De la réparation du préjudice subi par celui qui, bénévolement, porte aide ou secours à autrui*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1942
OCHOA (N.), *Le droit des données personnelles : une police administrative spéciale*, th. Paris I, 2014
OVERSTAKE (J.-F.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969
PELLÉ (S.), *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, préf. J. Foyer et M.-L. Demeester, Dalloz, 2007
PÉTEL (P.), *Le contrat de mandat*, Dalloz, 1999
PETERKA (N.), *Les dons manuels*, préf. P. Catala, LGDJ, 2001
PINNA (A.), *La mesure du préjudice contractuel*, préf. P.-Y. Gautier, LGDJ, 2007
PIZARRO (L.), *Le traitement juridique de la rupture du couple. Réflexion sur l'émergence d'un droit commun de la rupture du couple*, préf. I. Barrière-Brousse, Defrénois, 2017
PONSARD (R.), *Les donations indirectes*, Sirey, 1946
POSEZ (A.), *L'inexistence du contrat*, th. Paris II, 2010

PRIETO (C.), *La société contractante*, préf. J. Mestre, PUAM, 1994
QUESNE (A.), *Le contrat portant sur le corps humain*, préf. G. Raoul-Cormeil et J.-R. Binet, Mare & Martin, 2021
RANDEGGER (A.-L.), *La donation indirecte : Recherches sur l'instrumentalisation de sa qualification*, th. Paris II, 2022
RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, préf. J.-P. Lévy, Presses universitaires de France, 1980
RAYNAUD (P.), *Les contrats ayant pour objet une obligation*, Les cours de droit, 1977-1978
REVET (T.), *La force de travail : étude juridique*, préf. B. Teyssié, Litec, 1992
RIEUBERNET, (C.), *Les donations entre époux : étude critique*, préf. José Vidal, Defrénois, 1997
RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, rééd., LGDJ, 2014
ROCHAT (C.), *L'amitié en droit privé*, préf. P. Bonfils et E. Putman, PUAM, 2019
ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999
ROSSETTO (C.), *Le service gratuit : de la tradition au numérique*, th. Tours, 2020
ROUAST (A.), *Les libéralités entre vifs exemptes de formes*, Cours de doctorat, 1948-1949
ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965
ROUX (J.-M.), *Le rôle créateur de la stipulation pour autrui*, préf. J. Mestre, PUAM, 2001
ROY-LOUSTAUNAU (R.), *Du dommage éprouvé en prêtant assistance bénévole à autrui : Méthodologie de la réparation*, préf. P. Bonassies, PUAM, 1980
SALEILLES (R.), *De la possession des meubles : études de droit allemand et de droit français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1907
SANDEL (M.), *What money can't buy: the moral limits of markets*, Farrar, Straus and Giroux, 2012
SAULIER (M.), *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. Leroyer, IRJS éditions, 2017
SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, LGDJ, 2008
SÉRANDOUR (I.), *La cause dans la délégation*, préf. T. Revet, IRJS éditions, 2014
SEUBE (J.-B.), *L'indivisibilité et les actes juridiques*, préf. M. Cabrillac, Litec, 1999
STEINER (P.), *Donner… Une histoire de l'altruisme*, PUF, 2016
SUPIOT (A.), *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005
TEYSSIÉ (B.), *Les groupes de contrats*, préf. J.-M. Mousseron, LGDJ, 1975
TIMBAL (P.), *Des donations rémunératoires en droit romain et en droit français*, Société méridionale d'impression, 1924
TUNC (A.), *Le contrat de garde*, Jouve, 1941
VALLOIR (J.), *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit. Étude de technique juridique*, th. Rennes, 1919
VERGARA (O.), *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. B. Vareille, Defrénois, 2017
VERGNOLLE (S.), *L'effectivité de la protection des personnes par le droit des données à caractère personnel*, préf. J. Passa, av.-prop. M.-L. Denis, Bruylant, 2022
VERNIÈRES (C.), *Les libéralités à trois personnes*, th. Paris II, 2012
VIÉNOT (A.), *L'article 2279 du Code civil et son application aux dons manuels*, Daix frères et Thiron, 1912
YUNUS (M.), *Vers un nouveau capitalisme*, J.-C. Lattès, 2007
ZALEWSKI-SICARD (V.), *Familles, devoirs et gratuité*, L'Harmattan, 2004

III. Articles, contributions et chroniques

ABRAMS (K.) et KEREN (H.), Who's Afraid of Law and the Emotions, 94 *Minnesota L. Rev.* 1997 (2009-2010)

ALFANDARI (É.), « L'économie sociale : à la recherche d'une définition », *Rev. économie sociale*, 1984, p. 135
ALFANDARI (É.), « Le patrimoine de l'entreprise sous forme associative », *in Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN JOLY et Litec, 1991, p. 265
ALLEAUME (C.), « Existe-t-il une catégorie de contrats de bienfaisance ? », *LPA* 28 novembre 2012, p. 21
AMAYA (A.) et DEL MAR (M.), New Horizons for the Study of the Legal Mind: Relating Virtue, Emotion and Imagination, *in* A. AMAYA et M. DEL MAR, *Virtue, emotion, and imagination in law and legal reasoning*, Hart Publishing, 2020, p. 5
ANCEL (P.), « Contrat de fait et comportements sociaux typiques », *RDC* 2004, p. 1087
ANDRÉ (J.-R.), « Sociétés civiles et article 1145 du code civil : validité de la vente n'entrant pas dans l'objet social mais autorisée à l'unanimité des associés », *JCP N* 2017, p. 1316
ANDREONI (J.), Giving with Impure Altruism, 97 *Journal of Political Economy* 1447 (1989)
ARCHAMBAULT (E.) et PROUTEAU (L.), « Un travail qui ne compte pas ? La valorisation monétaire du bénévolat associatif », *Travail et Emploi*, 2010, nº 124, p. 57
ARHAB (F.), « L'essor de la convention d'assistance », *D.* 1998, chron. 566
ASFAR (C.), « Vers l'élargissement de la catégorie des quasi-contrats, ou une nouvelle interprétation de l'article 1371 du code civil », *Dr. & patr.* mai 2002, p. 28
ATIAS (C.), « Par la grâce du droit : la cause de l'engagement de la caution », *in Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 339
ATIAS (C.), « Restaurer le droit du contrat », *D.* 1998, chron. 137
ATTIAS-DONFUT (C.) et LITWIN (H.), « Comparaison de l'entraide familiale à l'échelle européenne : idées reçues, réalités et incertitudes », *Informations sociales*, 2015/2, nº 188, p. 124
ATTIAS-DONFUT (C.) et OGG (J.), « Évolution des transferts intergénérationnels : vers un modèle européen ? », *Retraite et société* 2009/2, nº 59, p. 11
AUBERT (J.-L.), « Le formalisme (rapport de synthèse) », *Defrénois* 2000, p. 931
AYNÈS (L.), « La cause, inutile et dangereuse », *Dr. & patr.* octobre 2014, p. 40
AYNÈS (L.), « Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui », *in Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 1
BARBIER (H.), « Le statut juridique du geste commercial », *RTD civ.* 2019, p. 312
BARBIÈRI (J.-F.), « Capacité des sociétés à s'engager et utilitarisme », *BJS* 2016, p. 369
BARBIÈRI (J.-F.), « Les garanties accordées par une société, dans la tourmente prétorienne (et légale ?) », *in Mélanges en l'honneur d'Alain Couret*, Dalloz, 2020, p. 102
BARON (J. B.), Do We Believe in Generosity?: Reflections on the Relationship Between Gifts and Exchanges, 44 *University of Florida Law Review* 355 (1992)
BARON (J. B.), Gifts, Bargains and Form, 64 *Indiana Law Journal* 155 (1989)
BATSON (C. D.), AHMAD (N.), LISHNER (D. A.) et TSANG (J.-A.), « Empathy and Altruism », *in* SNYDER (C. R.) et LOPEZ (S. J.) (dir.), *The Handbook of Positive Psychology*, Oxford University Press, 2002, p. 420
BELLIVIER (F.) et NOIVILLE (C.), « La circulation du vivant humain : modèle de la propriété ou du contrat ? », *in* T. REVET, *Code civil et modèles : des modèles du Code au Code comme modèle*, LGDJ, 2005, p. 101
BÉNABENT (A.), « Pour une prestation compensatoire hors mariage : la piste du quasi-contrat ? », *in Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 15
BÉNOS (C.), « L'altruisme dans le contrat de prêt à usage », *D.* 2013. 2358
BERGEL (J.-L.), « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255
BERGEMAN (N.), « Le contrat de services gratuits. Un modèle pour penser l'altruisme en droit des contrats », *RJO* 2010, p. 443

BERNELIN (M.), « La patrimonialisation des données personnelles : entre représentation(s) et réalité(s) juridiques », *JCP G* 2019, doctr. 1172
BERNHEIM-DESVAUX (S.), « Réflexion autour de l'ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques », *Contrats, conc., consom.* 2021, comm. 174
BINET (J.-R.), « Les prélèvements sur le corps humain dans l'intérêt d'autrui », *Dr. famille* 2018, étude 16
BLAISE (H.), « Esquisse de quelques idées sur la place des associations dans l'activité économique », *in Études offertes à Roger Houin*, Dalloz, 1985, p. 35
BLANCHARD (C.), « Solidarités familiales imposées ou volontaires ? », *Dr. famille* 2016, dossier 18
BOISSON (J.), « Une philanthropie à la française ? », *JCP N* 2019, p. 829
BORYSEWICZ (M.), « Travail et enrichissement sans cause dans les relations de famille », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Pierre Béguet*, Université de Toulon et du Var 1985, p. 41
BOUT (R.), « La convention dite d'assistance », *in Études offertes à Pierre Kayser*, tome 1, PUAM, 1979, p. 157
BRICHET (R.), « La loi de 1901 : succès et dévouements d'une alerte centenaire », *Dr. sociétés* 2001, chron. 12
BRUN (P.), « Loteries publicitaires trompeuses. La foire aux qualifications pour une introuvable sanction », *in Mélanges en l'honneur de Jean Calais-Auloy*, 2004, Dalloz, p. 191
BUCHBERGER (M.), « Pour un abandon de l'intérêt social comme condition de validité des contrats conclus par la société », *Rev. sociétés* 2020, p. 659
BURGARD (M.), « Les loteries publicitaires : le nouveau visage du quasi-contrat ? », *LPA* 5 novembre 2010, p. 6
CAILLAUD (B.) et TRÉGOUËT (T.), « L'économie des marchés "biface" », *Revue Lamy de la concurrence* octobre 2006, p. 106
CAILLÉ (A.), « De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », *in* JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.) (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 27
CAILLÉ (C.), « Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte juridique et le fait juridique », *in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 55
CAIRE (A.-B.), « Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain », *RDSS* 2015, p. 865
CALAIS-AULOY (J.), « De la notion de commerçant à celle de professionnel », *in Études de droit privé : mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 81
CALAIS-AULOY (J.), « L'attente légitime. Une nouvelle source de droit subjectif ? » *in Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 171
CATTALANO-CLOAREC (G.), « La validité du contrat », *AJ contrat* 2018, p. 257
CHARPENTIER (E.), « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme/consensualisme », *Les Cahiers du Droit* 2002, p. 257
CHÉNEDÉ (F.), « Charles Toullier, Le quasi-contrat », *RDC* 2011, p. 305
CHÉNEDÉ (F.), « La cause de l'obligation dans le contrat de prêt réel et dans le contrat de prêt consensuel », *D.* 2008. 2555
CHÉNEDÉ (F.), « La cause est morte… vive la cause ? », *Contrats, conc., consom.* 2016, dossier 4
CHÉNEDÉ (F.), « Pour un affinement de la théorie des quasi-contrats au service de la liquidation patrimoniale du concubinage », *D.* 2010. 718
CHILSTEIN (D.), « Les biens à valeur négative », *RTD civ.* 2006, p. 663
COHEN (D.), « Les garanties émises par les sociétés : un nécessaire changement de perspective ? », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 97

COMBE (E.), « Les plateformes : notion, enjeux et pistes d'évolution », *in* X. DELPECH (dir.), *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, 2021, p. 21
COMBESCURE (F.), « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1903, p. 477
CORNU (C.), « Du sentiment en droit civil », *in L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 71
COUDRAIS (M.), « L'obligation naturelle : une idée moderne ? », *RTD civ*. 2011, p. 453
COURET (A.), « La réforme de l'entreprise passe-t-elle nécessairement par une réécriture du code civil ? », *Rev. sociétés* 2018, p. 639
COUTURIER (G.), « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Defrénois* 2000, p. 880
DAGOT (M.) et MOULY (C.), « L'usage personnel du crédit social et son abus (repenser la fonction des personnes morales) », *Rev. sociétés* 1988, p. 1
DAGOT (M.), « Des donations non solennelles », *JCP G* 2000. I. 248
DALMAU (R.), « La nullité des sûretés consenties par les sociétés civiles en garantie des dettes d'autrui : un ouvrage encore sur le métier », *Rev. sociétés* 2018, p. 48
DANIS-FATÔME (A.), « Quasi-engagement et apparence : proximité ou identité ? (Dialogue entre deux œuvres de jeunesse) », *RDC* 2009, p. 32
DAVID (R.), « Cause et consideration », *in Mélanges offerts à Jacques Maury*, tome 2, Librairie Dalloz et Sirey, 1960, p. 111
DEBOISSY (F.) et WICKER (G.), « Le statut juridique et fiscal des associations cultuelles ou comment dépasser le relativisme d'état », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, 2012, p. 763
DÉFOSSEZ (M.), « Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations », *RTD civ*. 1985, p. 521
DEFRÉNOIS-SOULEAU (I.), « La répétition de l'indu objectif. Pour une application sans erreur de l'article 1376 du code civil », *RTD civ.* 1989, p. 243
DESHAYES (O.), « La cession de créance, contrat "à titre onéreux ou gratuit" », *in Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, Larcier, 2021, p. 337
DESHAYES (O.), GENICON (T.) et LAITHIER (Y.-M.), « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *JCP G* 2018, doctr. 529
DIDIER (P.), « Brèves notes sur le contrat-organisation », *in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-JurisClasseur, 1999, p. 635
DIKOFF (L.), « Les actes juridiques abstraits et le code civil français », *RTD civ.* 1932, p. 327
DO CARMO SILVA (J.-M.), « Les associations et le commerce au regard du droit commercial », *LPA* 7 juillet 1995, p. 21
DONDERO (B.), « Capacité et représentation des sociétés », *BJS* 2016, p. 510
DROSS (W.), « Le formalisme des libéralités », *in* W. DROSS et T. FAVARIO (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & martin, 2014, p. 109
DROSS (W.), « L'article 1377 du code civil a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? », *in Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ-Lextenso éditions, 2009, p. 109
DROSS (W.), « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », *RTD civ.* 2011, p. 25
DUPICHOT (J.), « La gratuité et le droit. Synthèse de la journée Henri Souleau », *Gaz. Pal.* 2 juin 1999, p. 930
DUPICHOT (P.), « Derrière l'intérêt social de la SCI caution : La cause ? », *BJS* 2015, p. 260
DUTHEIL (P.-H.), « Intérêt général et les associations : une nécessaire rénovation ? », *in Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 61
EISENBERG (M. A.), Donative Promises, 47 *University of Chicago Law Review* 1 (1979)

EISENBERG (M. A.), The World of Contract and the World of Gift, *California Law Review* 821 (1997)
ELSTER (J.), « Le désintéressement », *in Cours et travaux du Collège de France. Annuaire 109e année*, Collège de France, 2010
EVERAERT-DUMONT (D.), « L'assistance aux parents âgés : quand le dévouement devient source d'indemnisation ou de rémunération », *LPA* 19 novembre 2003, p. 8
FABRE (R.), « Le prêt à usage en matière commerciale », *RTD com.* 1977, p. 193
FAGES (B.), « Les loteries publicitaires devant la chambre mixte : et le numéro complémentaire est… le 1371 ! », *RLDA* 2002/54, p. 7
FARNSWORTH (E. A.), Promises to Make Gifts, 43 *The American Journal of Comparative Law* 359 (1995)
FENOUILLET (D.), « Avant-propos », *in L'argument sociologique en droit*, Dalloz, 2015, p. 7
FENOUILLET (D.), « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Études offertes à Pierre Catala*, LexisNexis, 2002, p. 487
FERKH (H.), « Le rapport des obligations naturelles à la morale ou la tendance objective de la jurisprudence », *Gaz. Pal*. 1997, 1, doctr. p. 13
FERRIER (D.), « Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel », *in Mélanges en l'honneur de Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 373
FLOUR (J.), « La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil », *in Travaux de l'association Henri Capitant*, tome 7, Dalloz, 1956, p. 813
FLOUR (J.), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *in Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Ripert*, tome 1, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, p. 97
FRANÇOIS (J.), « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », *D.* 2001, chron. 2580
FRANK (R. H.), The Differences Between Gifts and Exchange: Comment on Carol Rose, 44 *University of Florida Law Review* 319 (1992)
FREYRIA (C.), « Le prix de vente symbolique », *D.* 1997, chron. 51
FRISON-ROCHE (M.-A.), « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ*. 1995, p. 57
FULLER (L.), Consideration and Form, 41 *Columbia Law Review* 799 (1941), p. 815
GALLOIS-COCHET (D.), « Réforme du droit des contrats et capacité des sociétés », *Dr. sociétés* 2016, comm. 142
GALLOUX (J.-C.), « L'indemnisation du donneur vivant de matériels biologiques », *RDSS* 1998, p. 1
GARÇON (J.-P.), « Technique sociétaire et libéralité indirecte », *in Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 429
GARRIGUES (B.), « La contreprestation du franc symbolique », *RTD civ.* 1991, p. 459
GAUTIER (P.-Y.), « La lésion immobilière, hors de propos, dans les ventes d'entreprises à "prix négatif" », *RTD civ*. 1992, p. 777
GENICON (T.), « De l'irrévocabilité spéciale des donations à l'ordre public des transferts de propriété à titre gratuit », *in Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois-Lextenso, 2012, p. 303
GENICON (T.), « L'acte abstrait en droit français après la réforme du droit des contrats : l'impossible consécration », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, 2019, LexisNexis, p. 961
GENICON (T.), « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », *D.* 2015. 1551

GENICON (T.), « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », *in* W. DROSS et T. FAVARIO (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & martin, 2014, p. 181
GENICON (T.), « Variations sur la réalité du consentement (suite) : la convention d'assistance bénévole », *RDC* 2014, p. 16
GERMAIN (M.), « Sur une jurisprudence de l'intérêt social », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, LGDJ, 2014, p. 289
GHESTIN (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chron. 1
GHESTIN (J.), « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle* nº 92, 2000, p. 81
GHESTIN (J.), « L'erreur du solvens, condition de la répétition de l'indu », *D.* 1972, chron. 277
GOETZ (C. J.) et SCOTT (R. E.), Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract, 89 *Yale Law Journal* 1261 (1980)
GOLDIE-GENICON (C.), « Les libéralités rémunératoires », *in Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois-Lextenso, 2012, p. 347
GORÉ (F.), « Le fondement de la gestion d'affaires source autonome et générale d'obligation », *D.* 1953, chron. 39
GOUTTENOIRE (A.), « Collaboration familiale et enrichissement sans cause », *Dr. famille* 1999, chron. nº 19
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. 261
GRILLET-PONTON (D.), « Réflexions autour du thème de la solidarité entre les générations », *Dr. famille* octobre 1999, chron. 16, p. 5
GRIMALDI (C.), « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », *D.* 2015. 814
GROSCLAUDE (L.), « Le *crowdfunding* immobilier », *in Mélanges en l'honneur de Daniel Tomasin*, Dalloz, 2022, p. 253
GUÉVEL (D.), « La gratuité intéressée : un oxymore d'avenir », *in Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ-Lextenso éditions, 2009, p. 229
GUYON (Y.), « De la distinction des sociétés et des associations dans la loi du 4 janvier 1978 », *in Études offertes à Pierre Kayser*, tome 1, PUAM, 1979, p. 483
HANSBERG (O.), « Empathy and Negative Intimacy », *in* A. AMAYA et M. DEL MAR, *Virtue, emotion, and imagination in law and legal reasoning*, Hart Publishing, 2020, p. 157
HARTIGAN (E. F.), Rose and Apple--Original Gifts?, 44 *University of Florida Law Review* 347 (1992)
HAUSER (J.), « L'établissement et l'entretien des enfants majeurs : une famille à titre onéreux », *Defrénois* 1999, art. 37965 p. 1217
HEINICH (J.), « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Rev. sociétés* 2018, p. 568
HIEZ (D.), « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », *Rev. sociétés* 2012, p. 671
HOCQUET-BERG (S.), « Remarques sur la prétendue convention d'assistance », *Gaz. Pal.* 9 janvier 1996, p. 32
HONORAT (J.), « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel », *RTD civ.* 1969, p. 653
HOUIN (R.), « Les incapacités », *RTD civ.* 1947, p. 390
HOUSSIER (J.), « Le majeur protégé et la transmission de ses biens : voyage au pays des faux-semblants », *Dr. & patr.* septembre 2022, p. 38
HOVASSE (H.), « Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social », *Dr. & patr.* avril 2001, p. 76

JAMIN (C.), « Éléments d'une théorie réaliste des contrats réels », *in Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 381
JAMIN (C.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2002, p. 441
JEANCLOS (Y.), « Formalisme et consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats », *in Études Gérard Boulvert*, 1987, p. 333
JESTAZ (P.), « L'engagement par volonté unilatérale », *in Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Bruylant-Dalloz, 1994, p. 3
JEULAND (E.), « Le juge et l'émotion », HAL, 2020
JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? », *RTD civ.* 1985, p. 1
JOSSERAND (L.), « Le déclin du titre gratuit et sa transformation », *in Evolutions et actualités : conférences de droit civil*, Librairie du Recueil Sirey, 1936, p. 135
JOSSERAND (L.), « Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobile », *DH* 1926, 1, chron. p. 21
KAMDEM (J.-F.), « Réflexions sur le registre du commerce et les associations exerçant une activité économique », *D.* 1995, chron. 213
KAMINA (P.), « Une cession à titre gratuit est-elle nécessairement une donation ? », *Comm. com. électr.* avril 2022, comm. 25
KEREN (H.), Considering Affective Consideration, 40 *Golden Gate University Law Review* 165 (2009-2010)
KILGUS (N.), « La gratuité en droit de la consommation : quelques réflexions sur la nature "onéreuse" du crédit », *AJ contrat* 2020, p. 465
KULL (A.), Reconsidering Gratuitous Promises, 21 *Journal of Legal Studies* 39 (1992)
LACOUR (C.), « L'extension de l'incapacité spéciale de recevoir de l'article 909 du code civil : droit positif et prospectif », *Dr. famille* 2010, étude 35
LAGARDE (X.), « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999. I. 170
LAGARDE (X.), « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », *RTD civ.* 1997, p. 25
LAMBERT-FAIVRE (L.) « Le transport bénévole. Réflexions au sujet d'un revirement de jurisprudence », *D.* 1969, chron. 91
LASSERRE CAPDEVILLE (J.), « Les nouveaux contentieux : le cas du crédit gratuit », *LPA* 31 mai 2019, p. 20
LAZERGES (C.), « Les mandats tacites », *RTD* civ. 1975, p. 222
LE FUR (A.-V.), « Le crowdfunding : le cadre juridique national et le futur cadre européen », *Dr. & patr.* novembre 2017, p. 22
LE NABASQUE (H.), « Propos introductifs au dossier Loi PACTE et droit des sociétés », *BJS* juin 2019, p. 33
LE RUDULIER (N.), « La modernité de l'enrichissement sans cause en droit de la famille », *in Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 147
LE TOURNEAU (P.) et ZABALZA (A.), « Le réveil des quasi-contrats [à propos des loteries publicitaires] », *Contrats, conc., consom.* 2002, chron. 22
LE TOURNEAU (P.), « Les professionnels ont-ils du coeur ? », *D.* 1990, chron. 21
LE TOURNEAU (P.), « Les critères de la qualité de professionnel », *LPA* 12 septembre 2005, p. 4
LE TOURNEAU (P.), « Les obligations professionnelles » *in Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses Universitaires de Toulouse, 1996, p. 365
LE GUIDEC (R.), « Regards croisés sur les fonctions économiques de la famille », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Dalloz, 2012, p. 299

LECOURT (A.), « Incidences de la loi de ratification de l'ordonnance nº 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations sur le droit des sociétés », *RTD com*. 2018, p. 365
LECOURT (B.), « La gratuité et le droit des affaires », *RTD com.* 2012, p. 455
LECOURT (B.), « Les loteries publicitaires. La déception a-t-elle un prix ? », *JCP G* 1999. I. 155
LÉCUYER (H.), « L'irrévocabilité spéciale des donations », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 405
LEQUETTE (S.), « La notion de contrat », *RTD civ.* 2018, p. 541
LEQUETTE (Y.), « Bilan des solidarismes contractuels », *in Études de droit privé : mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 247
LEQUETTE (Y.), « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 879
LEROY (M.), « La société partie à une donation indirecte », *Defrénois* 18 juin 2020, p. 43
LIBCHABER (R.), « Actualités du non-droit : les systèmes d'échanges locaux », *RTD civ.* 1998, p. 800
LIBCHABER (R.), « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Defrénois* 2000, art. 37273, p. 1409
LOISEAU (G.), « Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels », *D.* 2014. 2252
LOISEAU (G.), « L'ordonnance du 29 septembre 2021 : un texte fondateur d'un droit des contrats portant sur les biens et services numériques », *Comm. com. électr.* 2021, étude 21
LOKIEC (P.), « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007. 321
LOTTI (B.), « La nouvelle cession de créance, entre droit commun et régimes spéciaux », *RTD com.* 2019, p. 581
LOUSSOUARN (Y.), « La condition d'erreur du solvens dans la répétition de l'indu », *RTD civ*. 1949, p. 228
LUCAS (F.-X.), « L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE », *BJS* 2018, p. 477
MACQUERON (P.), « Association et activité professionnelle », *in Études offertes à Barthélémy Mercadal*, Francis Lefebvre, 2002, p. 355
MARTIN (X.), « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *Revue historique de droit français et étranger* 1982, p. 589
MASSART (T.), « Le concept de social-business », *in* E. LE DOLLEY (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010, p. 121
MASSON (F.), « Quel « modèle propriétaire » pour les données personnelles ? », *RTD civ.* 2022, p. 777
MAURO (C.), « Permanence et évolution du commodat », *Defrénois* 2000, art. 37226, p. 1024
MAYER (D.), « L'amitié », *JCP G* 1974. I. 2663
MAZEAUD (D.), « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises… », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 905
MAZEAUD (D.), « La confiance légitime et l'estoppel », *RIDC* 2/2006, p. 363
MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *in Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-JurisClasseur, 1999, p. 603
MAZONNI (C. M.), « Le don, c'est le drame. Le don anonyme et le don despotique », *RTD civ*. 2004, p. 70
MEKKI (M.), « Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1re partie) », *RDC* 2008, p. 681
MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), « La contractualisation du droit de la famille », *RTD civ.* 2016 p. 773

MORTIER (R.) et GENTILHOMME (R.), « La société : technique de gratification », *JCP N* 2014, p. 1334
MOULIGNER (J.-M.), « Le contrat réel dans l'évolution du droit des contrats », *RRJ* 2004, p. 2233
MOULIN (J.-M.), « La société généreuse – Aspects de droit des sociétés », *in* Dossier « La société généreuse », *Journal des sociétés* mai 2012, p. 20
MOURY (J.), « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », *D*. 2014, p. 1950
MUIR-WATT (H.), « Pour l'accueil du principe de l'estoppel en droit privé français », *in L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 303
MUIR-WATT (H.), « Reliance et définition du contrat », *in Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 57
MURAT (P.), « L'entraide entre générations et les comptes en famille », *JCP N* 2013, p. 1112
NABET (P.), « Les feux de l'amour en droit des sociétés ou l'instrumentalisation de la société par la famille », *in L'effervescence du droit des affaires au XXI^e siècle. Mélanges en l'honneur du Professeur Arlette Martin-Serf*, Bruylant, 2022, p. 260
NERSON (R.), « La volonté de contracter », *in Mélanges Roger Secrétan*, Imprimerie Corbaz, 1964, p. 209
NICOD (M.), « De la libéralité selon le code civil », *in Leçons du Droit Civil. Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruylant, 2011, p. 709
NICOD (M.), « La donation entre vifs est-elle toujours un contrat ? », *in Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ-Lextenso éditions, 2009, p. 375
NOBLOT (C.), « Le contractant professionnel à l'épreuve du réalisme judiciaire », *LPA* 9 novembre 2001, p. 3
NUYTTEN (B.) et LESAGE (L.), « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Defrénois* 1998, art. 36784, p. 497
OPPETIT (B.), « L'engagement d'honneur », *D*. 1979, chron. 107
PAILLUSSEAU (J.), « Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ? », *D*. 2018. 1395
PAILLUSSEAU (J.), « La mutation de la notion de société et l'intérêt social », *Rev. sociétés* 2020, p. 523
PAISANT (G.), « À la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct" », *JCP G* 2003. I. 121
PEIS-HITTIER (M.-P.), « De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contrats », *LPA* 25 janvier 2006, p. 8
PELLIER (J.-D.), « Regard sur la transposition de la directive Omnibus », *RDC* juin 2022, p. 95
PERREAU (E.-H.), « Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence », *RTD civ*. 1914, p. 489
PERREAU (E.-H.), « Les obligations de conscience devant les tribunaux », *RTD civ.* 1913, p. 50
PLANIOL (M.), « Classification synthétique des contrats », *Rev. critique de législation et de jurisprudence* 1904, p. 470
PORACCHIA (D.), « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », *BJS* juin 2019, p. 40
POSNER (E. A.), Altruism, Status and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises, 1997 *Wisconsin Law Review* 567 (1997)
POSNER (E. A.), Gratuitous Promises in Economics and the Law, 6 *Journal of Legal Studies* 411 (1977)
POSNER (E.), Law and the Emotions, 89 *Georgetown Law Journal* 1977 (2001)
PRENTICE (R. A.), "Law &" and Gratuitous Promises, *University of Illinois Law Review* 881 (2007)

RASANDRATANA (D.), « Essai d'une analyse économique de la notion de contrepartie en droit des contrats », *RTD com.* 2021, p. 1
REMOND-GOUILLOUD (M.), « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », *JCP G* 1977. I. 2850
REY (P.), « L'approche économique des marchés "biface" », *Revue Lamy de la concurrence* avril 2013, p. 170
RIOU (M.), « L'acte de dévouement », *RTD civ.* 1957, p. 224
RIPERT (G.), « Ébauche d'un droit civil professionnel », *in Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 677
ROCHFELD (J.), « Contenus et services numériques contre données : la personne dans les nouveaux « échanges » », *in Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, Larcier, 2021, p. 525
ROCHFELD (J.), « Le contrat de fourniture de contenus numériques : la reconnaissance de l'économie spécifique "contenus contre données" », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 15
ROCHFELD (J.), « Le financement participatif par don : financement ou communauté ? », *in Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 901
ROCHFELD (J.), « Les techniques de prise en considération des motifs », *RDC* 2013, p. 1601
RODRIGUEZ (K.), « La pertinence en 2006 du droit des associations : pour un statu quo, un toilettage ou une refonte ? », *BJS* 2006, p. 448
RONTCHEVSKY (N.), « Observations sur la nullité du contrat contraire à l'intérêt social », *in Mélanges en l'honneur de Jean-Patrice et Michel Storck*, Dalloz, 2021, p. 617
ROSE (C. M.), Giving, Trading, Thieving and Trusting: How and Why Gifts Become Exchanges and (More Importantly) Vice Versa, 44 *University of Florida Law Review* 295 (1992)
ROSE (C. M.), Giving Some Back--A Reprise, 44 *University of Florida Law Review* 365 (1992)
ROSSETTO (C.), « De quelques facteurs d'influence présents dans le droit du cautionnement », *Contrats, conc., consom.* juin 2022, étude 9
ROUAST (A.), « La prestation gratuite de travail », *in Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 695
ROUHETTE (G.) « "Droit de la consommation" et théorie générale du contrat », *in Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1982, p. 247
ROUHETTE (G.), « La définition du contrat et la méthode juridique française », *Droits* 1990/1 p. 60
RUBIO (M.-F.), « La convention d'assistance bénévole : critique d'un contrat solidaire », *RRJ* 2007, p. 1727
RUET (C.), « Droit, émotions et sentiments », *in Mélanges en l'honneur du doyen Didier Guével*, LGDJ, 2021, p. 428
SACCO (R.), « Un cryptotype en droit français : la remise abstraite », *in Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1982, p. 273
SAINTOURENS (B.), « Les aspects de droit des sociétés de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats », *BJS* 2018, p. 373
SALINIÈRE (C.), « La réversibilité des donations », *RTD civ.* 2004, p. 21
SAUVAGE (F.), « La créance d'assistance », *RJPF* juillet-août 1999, p. 6
SAUVAGE (F.), « L'autonomie de la notion d'avantage indirect assujetti au rapport à succession », *JCP G* 2012, act. 513
SAUVAGE (F.), « Principales incidences de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve de l'obligation sur le droit des libéralités », *AJ fam.* 2016, p. 475
SAUVAT (C.), « Le contrat de bienfaisance », *RRJ* 2005, p. 1955
SAVATIER (J.), « Le travail non marchand », *Dr. soc.* 2009, p. 73
SAVATIER (J.), « Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui », *LPA* 14 décembre 1994, p. 11

SAVATIER (R.), « Peut-on récupérer sur ses frères et sœurs les soins et impenses faits pour ses parents ? », *Defrénois* 1963, art. 28419, p. 549
SCHLUMBERGER (E.), « Réforme des sûretés et sociétés », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2022, dossier 9, nº 1
SCHLUMBERGER (E.), « Retour sur la jurisprudence relative aux garanties de la dette d'autrui octroyées par une société », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Hovasse*, LexisNexis, 2016, p. 169
SCHMIDT (D.), « De l'intérêt social », *JCP E* 1995. I. 488
SCHMIDT (D.), « La loi Pacte et l'intérêt social », *D.* 2019. 633
SCHROEDER (J. L.), Pandora's Amphora. The Ambiguity of the Gift, 46 *UCLA Law Review* 815 (1999)
SÉNÉCHAL (J.), « Lutte contre les clauses abusives et protection des données à caractère personnel » *AJ contrat* 2019, p. 412
SÉRIAUX (A.), « L'œuvre prétorienne in vivo : l'exemple de la convention d'assistance », *in Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 299
SÉRIAUX (A.), « Question controversée : la théorie du non-droit », *RRJ* 1995, p. 13
SHAVELL (S.), An Economic Analysis of Altruism and Deferred Gifts, 20 *Journal of Legal Studies* 401 (1991)
SIPRUT (J.), The peppercorn reconsidered: Why a promise to sell Blackacre for nominal consideration is not binding, but should be, 97(4) *Northwestern University Law Review* 1809 (2003),
SOURIOUX (J.-L.), « La croyance légitime », *JCP G* 1982. I. 3058
STAUDENMAYER (D.), « Les directives européennes sur les contrats numériques », *RDC* décembre 2019, p. 125.
STOLJAR (S.), Enforcing Benevolent Promises, 12 *Sydney Law Review* 17 (1989)
STORCK (M.), « Sûreté accordée par une SCI : l'exigence de conformité à l'intérêt social », *Dr. sociétés* 2015, étude 2
SUPIOT (A.), « Les mésaventures de la solidarité civile », *Dr. soc.* 1999, p. 64
TADROS (A.), « La ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats : quelques incidences sur la pratique des affaires », *D.* 2018. 1162
TCHENDJOU (M.), « La patrimonialisation des actes d'entraide familiale », *Gaz. Pal.* 15 janvier 2002, p. 3
TENDLER (R.), « Le don manuel, une institution anachronique ? », *D.* 1989, chron. 245
TERESTCHENKO (M.), « Égoïsme ou altruisme ? Laquelle de ces deux hypothèses rend-elle le mieux compte des conduites humaines ? », *Revue du MAUSS* 2004/1, p. 312
TERRIER (E.), « La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique », *D.* 2004. 1179
TESTU (F.), « Le cautionnement-libéralité », *JCP G* 1989. I. 3377
THIBIERGE (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357
THOMAT-RAYNAUD (A.-L.), « La courtoisie : un usage « hors d'usage » ? », *in Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 983
THOUVENIN (D.), « L'obtention des organes : le don comme finalité et le prélèvement comme modalité », *in* B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives, Actes du colloque pluridisciplinaire des 12 et 13 novembre 1998*, PUF, 1999, p. 77
TIREL (M.), « Le nouvel intérêt social, un changement de modèle normatif », *in* Dossier « Principe de précaution », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2020, p. 537
TRÉBULLE (F.-G.), « Des limites à la vente d'un terrain pour un prix symbolique », *RDI* 2008, p. 87

TUNC (A.), « Ébauche du droit des contrats professionnels », *in Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, études offertes à Georges Ripert*, tome 2, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, p. 137
VABRES (R.), « Retour sur les notions d'intérêt général et de cercle restreint de personnes », *JCP N* 2017, p. 1007
VAREILLE (B.), « L'indifférence des mobiles de la libéralité », *Defrénois* 2011, p. 698
VERNIÈRES (C.), « La philanthropie et le droit des successions », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Grimaldi*, Defrénois, 2020, p. 978
VIANDIER (A.), « La complaisance », *JCP G 198*0. I. 2987
VIVANT (M.), « Le fondement juridique des obligations abstraites », *D.* 1978, chron. 39
WICKER (G.), « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », *RTD civ.* 2021, p. 247
WICKER (G.), « La suppression de la cause dans le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015. 1557
YORIO (E.) et THEL (S.), The Promissory Basis of Section 90, 101 *Yale Law Journal* 111 (1991)
YORIO (E.) et THEL (S.), The Promissory Basis of Past Consideration, 78 *Virginia Law Review* 1045 (1992)
ZATTARA-GROS (A.-F.), « La nécessaire restriction du domaine du nouvel article 1145 sur la capacité des personnes morales », *JCP N* 2017, p. 1269
ZWEIGERT (K.) « Du sérieux de la promesse. Remarques de droit comparé sur la distinction des actes qui obligent de ceux qui n'obligent pas », *RIDC* 1964, p. 33

IV. Ouvrages collectifs, dossiers et rapports

Actes du séminaire DGTPE-Concurrence du 15 décembre 2005, « Les "two-sided markets" », *Revue Lamy de la concurrence* octobre 2006, p. 106
Actes du séminaire Philippe Nasse du 13 décembre 2012, *Revue Lamy de la concurrence* avril 2013, p. 169
Association Henri Capitant, *Hommage à Georges Rouhette*, Dalloz, 2013
Association Henri Capitant, *Offre de réforme du droit des contrats spéciaux*, Dalloz, 2020
ATTIAS-DONFUT (C.) (dir.), *Les solidarités entre générations, vieillesse, familles, État*, Nathan, 1995
BENABOU (V.-L.) et CHAGNY (M.) (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, 2008
BERTRAND (E.), CATTO (M.-X.) et MORNINGTON (A.-D.) (dir.), *Les limites du marché. La marchandisation de la nature et du corps*, Mare & Martin, 2020
CADIET (L.) (dir.), *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986
CHOQUET (L.-H.) et SAYN (I.) (dir.), *Obligation alimentaire et solidarités familiales. Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, LGDJ, 2000
CONSEIL D'ÉTAT, *Les associations et la loi de 1901, cent ans après*, Documentation française, 2000
DEBORDEAUX (D.) et STROBEL (P.) (dir.), *Les Solidarités familiales en questions. Entraide et transmission*, LGDJ, 2002
DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Les enjeux de la transmission entre générations, du don pesant au dû vindicatif*, Septentrion, 2005
Des libéralités, une Offre de loi, Defrénois, 2003
Dossier « Directive Contenus Numériques – Données », *Contrats, conc., consom.* 2017, dossier 4
Dossier « Ethique et entreprise », *Dr. & patr.* juillet 2022
Dossier « Les pratiques liées à l'économie digitale », *AJ contrat* 2016
Dossier « Mécénat et philanthropie », *Dr. & patr.* décembre 2020

Dossier « Sur les notions du contrat », *in Archives de philosophie du droit*, Sirey, 1968
Dossier « Débat : Le dépôt est-il véritablement un contrat ? », *RDC* 2014, p. 142
Dossier « L'offre de projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l'association Henri Capitant », *RDC* septembre 2020
Dossier « Les solidarités entre générations », *Dr. famille* 2011, dossiers 10 à 16
Dossier « Société interposée dans un rapport de libéralité », *Dr. & patr*. novembre 2020
Dossier « Sociétés et donation indirecte », *Dr. & patr.* mai 2021
ÉGÉA (V.) et PUTMAN (E.) (dir.), *La gratuité*, actes du colloque tenu à l'université d'Aix-en-Provence le 8 mars 2013, *in RLDC* décembre 2013
EL HAÏRY (S.) et MOUTCHOU (N.), *La philanthropie à la française*, rapport au Premier ministre, 9 juin 2020
FAUVARQUE-COSSON (B.) (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, Société de législation comparée, 2007
FAUVARQUE-COSSON (B.) et JUNG (P.) (dir.), *La confiance*, Société de législation comparée, 2013
FENOUILLET (D.) et DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.) (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001
FULCHIRON (H.) (dir.), *Les solidarités entre générations*, Bruylant, 2013
HANIA (K.) et GANTSCHNIG (D.) (dir.), *L'offre de réforme des contrats spéciaux : réflexions libres à partir du projet de l'association Henri Capitant*, Dalloz, 2021
HARRIS (D.) et TALLON (D.) (dir.), *Le contrat aujourd'hui. Comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987
Haut Conseil à la vie associative, *Rapport sur le financement privé associatif*, 2014
LE BORGNE-UGUEN (F.) et REBOURG (M.) (dir.), *L'entraide familiale : régulations juridiques et sociales*, PUR, 2012
LE FUR (A.-V.) (dir.), *Le cadre juridique du crowdfunding : analyses prospectives*, Société de législation comparée, 2015
LENOIR-WAYMEL (É.) et LIVOIR (M.) (dir.), *Contrats et famille font-ils bon ménage ?*, Larcier, 2016
MARTIAL-BRAZ (N.) et ZOLYNSKI (C.) (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, LGDJ, 2013
MIRKOVIC (A.) (dir.), *Le don de gamètes, Actes du colloque du Centre Léon Duguit de l'Université d'Evry le 13 décembre 2012*, Bruylant, 2014
MONTEILLET (V.) et CERQUEIRA (G.) (dir.), *L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, Société de législation comparée, 2023
PÉRÈS (C.) et POTENTIER (P.) (dir.), *La réserve héréditaire*, rapport à la Garde des Sceaux, 13 décembre 2019
RICHER (L.) (dir.), *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?*, Economica, 1982
STOFFEL-MUNCK (P.) (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, juillet 2022
STRICKLER (Y.), BERGÉ (J.-S.) et ORTOLANI (M.) (dir.), *Émotions et sciences. Interactions*, L'Harmattan, 2021
TERRÉ (F.) (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009
THIBIERGE (C.) (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009
WEBER (F.), GOJARD (S.) et GRAMAIN (A.) (dir.), *Charges de famille. Dépendance et parenté dans la France contemporaine*, La Découverte, 2003

V. Notes de jurisprudence

AYNÈS (L.), note sous Civ. 1re, 17 novembre 1987, *Defrénois* 1988, art. 34275, p. 860
BÉHAR-TOUCHAIS (M.), note sous Civ. 1re, 1er mars 1988, *JCP N* 1989, nº 100983

BEHAR-TOUCHAIS (M.), note sous Autorité de la concurrence, avis nº 14-A-18, 16 décembre 2014, *RDC* 2016, p. 724
CORNU (G.), obs. sous CA Rennes, 19 décembre 1972, *RTD civ* 1973, p. 587
CORNU (G.), obs. sous Civ. 1re, 4 janvier 1980, *RTD civ.* 1981, p. 407
CORNU (G.), obs. sous Com., 14 octobre 1974, *RTD civ.* 1975, p. 323
CRÔNE (J.), note sous Civ. 1re, 27 juin 2000, *Defrénois* 2000, p. 1226
DAGOT (M.), note sous Civ. 1re, 23 mai 1973, *JCP G* 1975. II. 17920
DALMAU (R.), note sous Civ. 3e, 21 décembre 2017, *Rev. sociétés* 2018, p. 727
DEBOISSY (F.) et WICKER (G.), note sous Com., 6 décembre 2016, *Dr. fisc.* 2017, comm. 225
FABRE-MAGNAN (M.), obs. sous Civ. 1re, 6 avril 1994, *JCP G* 1994. I. 3781
FRANÇOIS (J.), note sous Com., 7 avril 2009, *Defrénois* 2009, art. 39014, p. 1942
GAIARDO (P.), note sous Civ. 1re, 5 janvier 2022, *D.* 2022. 740
GALBOIS-LEHALLE (D.), note sous Civ. 1re, 5 mai 2021, *D.* 2021. 1803
GAUTIER (P.-Y.), note sous Com., 14 mars 1995, *RTD civ.* 1996, p. 195
GOUBEAUX (G.), obs. sous Civ. 1re, 15 janvier 1976, *JCP G* 1977. II. 18516
GOUT (O.), note sous Civ. 1re, 7 avril 1998, *JCP G* 1998. II. 10203
JOURDAIN (P.), note sous Civ. 1re, 17 décembre 1996, *RTD civ.* 1997, p. 431
JOURDAIN (P.), note sous Civ. 1re, 27 janvier 1993, *RTD civ.* 1993, p. 584
JOURDAIN (P.), note sous Civ. 1re, 6 avril 1994, *RTD civ.* 1994, p. 866
JOURDAIN (P.), note sous Civ. 2e, 26 janvier 1994 ; *RTD civ.* 1994, p. 864
LAGARDE (X.), note sous CA Paris, 25 janvier 1995, *D.* 1997, somm. 191
LEROND (S.), note sous Civ. 1re, 24 janvier 2018, *Gaz. Pal.* 27 mars 2018, p. 66
LEROYER (A.-M.), note sous Civ. 1re, 25 septembre 2013, *JCP G* 2013, act. 1168
LEROYER (A.-M.), note sous Civ. 1re, 7 novembre 2018, *RTD civ*. 2019, p. 85
LEVENEUR (L.), note sous Civ. 1re, 15 mars 2005, *Contrats, conc., consom.* 2005, comm. 148
LIBCHABER (R.), note sous Civ. 1re, 18 janvier 2023, *RDC* juin 2023, nº RDC201l0
LIBCHABER (R.), note sous Civ. 1re, 27 novembre 2001, *Defrénois* 2002, p. 259
MALAURIE (P.), note sous Civ. 1re, 14 janvier 1997, *Defrénois* 1997, art. 36650, p. 1136
MAZEAUD (D.), note sous Com., 17 mai 2017, *D.* 2017. 1694
MAZEAUD (V.), note sous Civ. 1re, 5 janvier 2022, *Gaz. Pal*. 17 mai 2022, p. 9
MESTRE (J.), note sous Civ. 1re, 12 mai 1982, *D.* 1983, jur. 320
MESTRE (J.), note sous Civ. 3e, 31 mai 1989, *RTD civ*. 1990, p. 69
NICOD (M.), chron. sous Civ. 1re, 5 avril 2005, *D*. 2005. 2114
NICOD (M.), note sous Civ. 1re, 15 février 2012, *D*. 2012. 2476
NICOD (M.), obs. sous Civ. 1re, 8 novembre 2005, *D*. 2006. pan. 2072
PAGNUCCO (C.), note sous Com., 16 octobre 2019, *BJS* janvier 2020, p. 32
PELLET (S.), note sous Civ. 1re, 5 janvier 2022, *RDC* septembre 2022, p. 10
PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), note sous Civ. 3e, 15 mars 2006, *D*. 2007. 1581
PLANIOL (M.), note sous CA Aix, 3 février 1902, *DP* 1904. 2. 289
PONSARD (A.), note sous CA Orléans, 3 novembre 1943, *D.* 1947. 17
PORACCHIA (D.), note sous Civ. 3e, 12 septembre 2012, *BJS* 2012, p. 831
PUIG (P.), note sous Civ. 1re, 5 avril 2005, *RDC* 2005, p. 1123
PUIG (P.), note sous Com., 15 septembre 2009, *RDC* 2010, p. 141
PUIG (P.), obs. sous Civ. 1re, 7 mars 2006, *RDC* 2006, p. 778
RADÉ (C.), comm. sous Civ. 1re, 5 mai 2021, *Resp. civ. et assur.* septembre 2021, comm. 140
RÉMY (P.), obs. sous TGI Paris, 26 mai 1983, *RTD civ*. 1984, p. 181
ROBIN-SABARD (O.), note sous Civ. 1re, 5 mai 2021, *RLDC* septembre 2021, p. 13
ROSSETTO (C.), note sous Civ. 2e, 5 novembre 2020, *RLDC* décembre 2021, p. 10
SAVAUX (É.), obs. sous Civ. 2e, 26 octobre 2000, *Defrénois* 2001, p. 693
SCHLUMBERGER (E.), note sous Civ. 3e, 21 décembre 2017, *BJS* 2018, p. 286

SCHLUMBERGER (E.), note sous Com., 13 janvier 2021, *BJS* 2021, p. 13
SERINET (Y.-M.), note sous Civ. 1re, 5 mai 2021, *JCP G* 2021, act. 606
STEVIGNON (A.), note sous Civ. 1re, 5 mai 2021, *Gaz. Pal.* 6 juillet 2021, p. 21
STOFFEL-MUNCK (P.), note sous Mixte, 6 septembre 2002, *Comm. com. électr.* 2002, comm. 156
VIANDIER (A.), obs. sous Com., 8 novembre 2011, *Rev. sociétés* 2012, p. 238

VI. Dictionnaires et répertoires

CORNU, (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11e édition, PUF, 2016
CRUVELIER (E.), « Fonds de commerce : régime fiscal », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, janvier 2023
NAJJAR (I.), « Donation », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2023
ROCHFELD (J.), « Cause », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juillet 2022

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe

A

Accessoire :
- Et qualification du prêt : 189
- Règle de l'accessoire : 371-372

Accord gratuit : 31

Accord sur l'absence de contrepartie :
- Et enrichissement injustifié : 765-767
- Et intention libérale : 792-793
- Et relation d'affection : 795-799

Accord sur l'absence de restitution :
- Versement d'une somme d'argent : 846
- Paiement de la dette d'autrui : 856
- Remise d'un bien meuble corporel : 836

Accord sur l'opération socio-économique : 739-742, v. aussi *Contrat*

Accord verbal : v. *Forme*

Acte authentique : v. *Forme*

Acte de dévouement : 735

Acte à titre gratuit : v. *Contrat à titre gratuit*
- Action paulienne : 177-178
- Nullités de la période suspecte : 179

Acte sous signature privée : v. *Forme*

Action en revendication : 833

Action paulienne : 177-178 et 292-295

Affectation à une œuvre :
- Compatibilité avec l'intention libérale : 170-172, 333-334

Aggravation des obligations du bénéficiaire :
- Justification : 257-262
- Responsabilité de l'assisté : v. *Convention d'assistance bénévole*
- Responsabilité de l'emprunteur : v. *Prêt*

Altruisme :
- Autres sciences : 15, 111
- Et solidarisme contractuel : 129

Appauvrissement :
- Justification du régime de la gratuité : 282-295
- Et enrichissement injustifié : 759
  - Mise à disposition d'un bien : 775
  - Service : 761
  - Service impliquant un tiers au rapport de gratuité : 779

Appelé : v. *Donation graduelle et donation résiduelle*

Assistance bénévole : v. *Convention d'assistance bénévole*

Association :
- Apports : 170
- Association dont l'ensemble des activités est mentionné au b du 1 de l'article 200 du code général des impôts : 510-516
- Association simplement déclarée : 503-506
- Association reconnue d'utilité publique : 507-509
- Capacité : 494, 507, 510
- Cercle restreint de personnes : 508, 512-516
- Et bienfaisance : v. *Personne morale philanthrope*
- Professionnel : 277

Atténuation des obligations du concédant : 257-264, 884-893

Attentes légitimes : v. *Fondements de la force obligatoire*

Avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux :
- Atténuation des obligations du concédant : 259, 698, 884
- Dépôt :
  - Caractère réel : 593
  - Présomption de rémunération : 756
  - Promesse : 593, 696
- Entreprise :
  - Gratuité : 2
  - Forme : 604, 670

- Mandat :
  - Forme : 594, 604, 670
  - Présomption de rémunération : 753
- Présentation : 95
- Prestation de service :
  - Gratuité : 2
  - Forme : 604, 670
  - Présomption de rémunération : 753
- Prêt à usage :
  - Caractère réel : 271, 591
  - Intéressé : 97, 248, 299
  - Fruits : 874
  - Promesse : 592, 694
- Prêt de consommation :
  - Caractère réel : 271, 591
  - Promesse : 592, 694

B

Bénéficiaire : 3
Bienfaisance :
- Autres sciences : 108-125
- Et émotions : v. *Émotions*
- Définition : 10
- Doute : 117-119
- Philanthropique : 137-143
- Relationnelle : 137-143

But lucratif : v. *Lucratif*

C

Capacité :
- Associations : v. ce mot
- Personne morale : 438-439, 479

Cause :
- Enrichissement sans cause : v. *Enrichissement injustifié*
- Et qualification : 62
- Contrôle de l'existence de la cause : 196-225
  - Cause du dépôt : 209-212
  - Cause du contrat à titre gratuit : 73, 81-82, 86-87
  - Cause du contrat de bienfaisance : 70, 72-73, 80
  - Cause du mandat : 210
  - Cause du prêt : 209-212
  - Engagement d'une société : 454-475
  - Ensembles contractuels : 376
  - Et intelligibilité : 204-208, v. *Intelligibilité*
  - Et qualification : 62
  - Motif : 197-201, 217-225, v. aussi ce mot
  - Opération impliquant un tiers au rapport de gratuité : 235-243
  - Ordonnance de réforme : 217-225
- Et formalisme : 583
- Fondement de la force obligatoire : 548, 557, 583

Cautionnement : 232, v. aussi *Opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité*
- Cause : 235-236
- Cautionnement-libéralité : 656
- Cautionnement réel : 232, v. *Sûretés pour autrui*
- Force obligatoire : 626
- Forme : 625
- Nullités de la période suspecte : 179
- Intérêt social : 444

Cercle restreint de personnes :
v. *Association*
Cession de contrat : 640
Cession de créance : 649-650
Charge : v. *Donation avec charge*
Charge de la preuve :
- Enrichissement injustifié : 810-814
- Revendication : 838

Commencement d'exécution : 664-670
- Et fondements de la force obligatoire : 664-666

Commerçant : 273
Concédant : 3
Concubins :
- Créance de salaire différée : 805
- Contribution aux charges de la vie courante : 858-862
- Indemnisation des prestations :
  - Intérêt personnel : 864
  - Seuil : 807
- Intention libérale : 166

Consideration : 36

Contrat :
- Accord sur l'opération socio-économique : 739-741
- Cause : v. ce mot
- Contrat à titre gratuit : 1
- Contrat à titre onéreux : 1
- Contrat de bienfaisance : 1
- Contrat de service gratuit : 5
    - Avec charge : 351-353
- Contrat réel : 271, 591, 593, 662-663, v. aussi *Commencement d'exécution*
- Contrat solennel : v. *Forme*
- Définition : 31
- Fondement de la force obligatoire : v. ce mot
- Force obligatoire : v. ce mot
- Intelligibilité : v. ce mot
- Intention de produire des effets de droit : 554-556
- Suites que la loi donne au contrat : 744

Contrepartie :
- Au profit d'un tiers : 343, 346
- Déséquilibrée : 347-353
- Ordonnance de réforme du droit des contrats : 89-92, 218
- Notion :
    - Remboursement des frais : 337-342
    - Indemnisation des pertes : 337-342
    - Ensemble contractuel : v. *Ensemble contractuel*
- Symbolique : 199, 357, 376

Convention d'assistance bénévole : 2
- Acte de dévouement : v. ce mot
- Et assurance : 918-918
- Définition : 2
- Exécution forcée : 697, v. aussi ce mot
- Forme : v. ce mot
- Intérêt poursuivi par l'assistant : 184-185
- Responsabilité de l'assistant : 893-884
- Responsabilité de l'assisté : 914-917
- Qualification contractuelle : 917
    - Doctrine majoritaire : 38
    - Jurisprudence : 2

Coopérative : 519
Créance de salaire différée : 805
Crédit gratuit : 403
Crowdfunding : v. *Financement participatif*
De minimis non curat praetor : 564, 808

D

Délégation : v. *Opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité*
- Cause : 235-236
- Forme : 637-639
- Opposabilité des exceptions : 240

Dépôt :
- Cause : v. ce mot
- Caractère réel : 269-270, 593, 593
- Dommage causé par le défaut de la chose : 908-913
- Fruits : v. ce mot
- Fondement de la force obligatoire : 662-663
- Obligation de conservation : 869-873
- Obligation de restitution : 867-867
- Présomption de rémunération : 756
- Promesse : 593, 604, 606, 593, 696, v. aussi *Forme*

Dévouement : v. *Acte de dévouement*
Dommages-intérêts : 887-892
Don d'éléments et produits du corps humain :
- Bienfaisance : 254-255
- Contrepartie symbolique : 357
- Don croisé : 343-346
- Et contrat réel : 609
- Indemnisation : 340, 770

Don manuel : 590
- Domaine : 663
- Fondement de la force obligatoire : 662
- Preuve : 831-849

Donation :
- Avec charge : 347
    - Inexécution des charges : 701-704
    - Charge au bénéfice d'un tiers : 343-346
- Cause : v. ce mot

- Déguisée : 610-612
- Dommage causé par le défaut de la chose : 908-909, 913
- Élément matériel : 306-307
- Élément moral/intellectuel : 306-308 v. *Intention bienfaisante, Intention libérale*
- Forme : v. ce mot
- Garantie :
- Indirecte :
    - Acte neutre : 643, 651-653
    - Contrat onéreux déséquilibré : 610-612
    - Force obligatoire : 610-612, 633-659
    - Justification : 643-646
    - Opération impliquant un tiers au rapport de gratuité : 633-659, v. aussi ce mot
- Ingratitude : v. ce mot
- Rapport : v. ce mot
- Réduction : v. ce mot
- Révocation : v. ce mot

Donation rémunératoire : 322-324
Donation sous forme onéreuse : v. *Donation déguisée, Donation indirecte*
Donative promise : 36, 559
Données personnelles : 385-393

E

Économie sociale et solidaire : 519-521
Enrichissement injustifié :
- Absence de justification : 765-767
- Accord sur l'absence de contrepartie : 765-767
- Appauvrissement : 761
- Enrichissement : 762-764
- Concubinage : 858-864
- Déséquilibre substantiel entre les prestations réciproques : 803-808
- Fourniture d'un service : 761-767
- Intention libérale : 792-793
- Intérêt personnel : 864
- Mise à disposition d'un bien : 774-776
- Opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité : 777-788
- Prestations domestiques : 773
- Relation d'affection : 795-799, 803-808
- Seuil d'indemnisation : 803-808

Ensemble contractuel : 373-384
Erreur sur les motifs : 256
Exécution forcée : 689-699
- Assistance bénévole : 697
- Charges : 701-704
- Dépôt : 696
- Donation : 692
- Mandat : 698
- Prêt : 693-695

F

Fausse promesse :
- Quasi-contrat de promesse de gain : 711-717
- Faute dans la conclusion de l'accord gratuit : 719-722

Financement participatif : 354-356
Fondation : 490, 517-518
Fondements de la force obligatoire : 553-560
- Attentes légitimes : 560
- Commencement d'exécution : 664-670
- Et gratuité : 553-560
- Forme : 575-585
- Intention de produire des effets de droit : 554-556
- Intérêt : 557
- Opération impliquant un tiers au rapport de gratuité : 614-659

Force obligatoire : 543
Forme : 586-612
- Accord verbal : 590-595
- Acte authentique : 606-608
- Acte sous signature privée : 596-604
- Convention d'assistance bénévole : 594-595, 599-604, 607-608, 611-612
- Dépôt : 593, 599-604, 608, 611-612
- Donation : 590, 599-604, 608, 611-612
- Et fondements de la force obligatoire : 575-585
- Et irrévocabilité spéciale des donations : 268

- Mandat : 594-595, 599-604, 607-608, 611-612
- Prêt : 591-592, 599-604, 608, 611-612
- Sûreté pour autrui : 618-627

Freemium : 364
Fruits : 874-876

G

Gestion d'affaires : 880
- Connaissance du maître de l'affaire : 881
- Paiement de la dette d'autrui : 855
- Représentation : 880-882
- Responsabilité du gérant : 886-889
- Responsabilité du maître de l'affaire : 914-916
- Utilité : 882

Gestion désintéressée : 515
Gratuité :
- Conception abstraite : 9
- Conception bienfaisante : 10
- « Gratuité » intéressée : 17, 363-366

Gratuitous promise : v. *Donative promise*

I

Individualisme : 114-130
Ingratitude : 252, 478, 680-681, 902-903
Inopposabilité des exceptions : 240
Intelligibilité : 204-205
- Et empathie : 124-125
- Et force obligatoire : 206-207
- Et rationalité : 204
- Motifs : 197-225
- Opérations impliquant un tiers de gratuité : 238-243
- Opposabilité au bénéficiaire : 216
- Ordonnance de réforme : 217-225
- Personne morale : 454-461

Intention bienfaisante : 10
- Et cause : 204, 208
- Œuvre philanthropique : 137-143, 522-531
- Présomption : 137-143
- Relation d'affection : 137-143, 418-482

Intention de produire des effets de droit : v. *Fondements de la force obligatoire*
Intention libérale :
- Enrichissement injustifié : 792-793
- Intention bienfaisante : v. ce mot
- Preuve : 795
- Qualification de la donation :
  - Doctrine : 80-86
  - Jurisprudence : 157-172
- Restitution de l'indu : 840-857
- Satisfaction de contribuer à une œuvre : 170

Intérêt :
- Et cause : 204, 208
- Fondements de la force obligatoire : v. ce mot
- Intérêt moral : 77, 78, 87, 118-118, 168
- Intérêt négatif : 672
- Intérêt positif : 672, 689-699, 703, 705, 890
- Intérêt social : 440-448
  - Loi Pacte : 446-447
  - Mécénat : v. ce mot

Intuitus personae : 251
Irrévocabilité spéciale des donations : 268

J

Justice commutative : 27, 30
Justice distributive : 27

L

Légitimité des attentes : v. *Fondements de la force obligatoire*
Libéralité : 4
Libéralités à caractère collectif : 491
Loterie publicitaire : v. *Promesse de gain*
Lucratif :
- Sans but lucratif : 514, 531

M

Mandat :
- Exécution forcée : 698
- Fin : 682, 685-687

- Forme : 594-595, 599-604, 607-608, 611-612
- Indemnisation du mandataire : 914-917
- Présomption de rémunération : 753-757
- Représentation : 879-883
- Responsabilité du mandataire : 257-264, 698-699, 884-893

Marché :
Marché biface : 365
Mécénat : 399
Modèles économiques de la « gratuité » intéressée : 363-366
Motif :
- Caractère inaccessible : 101-104
- Éléments objectifs : 137-143
- Et cause : 191 s.
- Et qualification : 155 s.
- Et régime : 244 s.

Mutuelle : 519

N

Non-droit : 24-26, 30, 808
Nullités de la période suspecte : 179

O

Objet social : v. *Capacité*
Obligation de conservation : 869-873
Œuvre philanthropique :
- Critères : 522-531
- Et associations : 501-516
- Et fondations : 517
- Intention bienfaisante : 138, 168, 333
- Philanthropie : 485
- Règlementations économiques : 277

Opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité :
- Définition : 227
- Distinction des opérations à trois personnes : 227
- Donation indirecte : 628-641
- Enrichissement injustifié : 777-788
- Existence de la cause : 237-243
- Fondements de la force obligatoire : 614
- Intelligibilité : 237-243

P

Paiement de la dette d'autrui : 850-857
- Concubinage : v. ce mot
- Intention libérale : 857

Période suspecte : v. *Nullités de la période suspecte*
Personne morale : v. *Association, Société*
Philanthropie : v. *Œuvre philanthropique*
Piété filiale : 806
Prescription :
- Donation indirecte : 899
- Enrichissement injustifié : 815-817

Présomption :
- De rémunération des services fournis par le professionnel : 753-758
    - Relation d'affection : 799
- Intention bienfaisante : 141

Prestation gratuite : 1
Prestations domestiques : 773
Prêt :
- Avec charge : 352
- Besoin pressant et imprévu : 257, 682-687
- Caractère réel : 269-270, 593, 593
- Distinction du bail : 186-189, 352
- Dommage causé par le défaut de la chose : 908-913
- Fruits : v. ce mot
- Obligation de conservation : 869-873
- Obligation de restitution : 867-867
- Prêt intéressé :
    - Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux : 97, 248, 299, 359
    - Jurisprudence : 190
- Preuve : 845
- Professionnel du crédit : 592

Prix : v. *Contrepartie*, v. *Présomption de rémunération des services fournis par le professionnel*
- Prix symbolique : 376

Professionnel :
- Données personnelles : v. ce mot

- Et gratuité : 272-281
- Présomption de rémunération des services fournis par le professionnel : 753-758

Promesse de gain : 711-717
Propriété :
- Transfert de propriété : 831-839

Q

Quasi-contrat : v. *Enrichissement injustifié, Gestion d'affaires, Promesse de gain, Restitution de l'indu*

R

Rapport : 286-288, 481-482, 899-900, 904-905
Reconnaissance de dette : 651-653
Réduction : 289-291, 477, 900-901, 904-905
Réforme du droit des sûretés : 448
Régime de la gratuité : 153
Relation d'affection :
- Et personne physique : 423-427
- Et personne morale : 469-475

Reliance : 559
Remise de dette : 654-655
Remise de la chose :
- Et fondements de la force obligatoire : 662-663, v. aussi ce mot
- Et transfert de propriété : 831-839

Rémunération : v. *Présomption de rémunération des services fournis par le professionnel*
Rencontre des intérêts des parties : v. *Fondements de la force obligatoire*
Renonciation : 656-659
Répétition de l'indu : v. *Restitution de l'indu*
Représentation : 879-883
Responsabilité extra-contractuelle :
- Acte de dévouement : v. ce mot
- Assistance bénévole : v. *Convention d'assistance bénévole*
- Faute dans la conclusion de l'accord : 719-721
- Faute dans la rétractation de l'accord : 722
- Transport bénévole : v. ce mot

Résolution : 702, 919-922
Responsabilité du fait des produits défectueux : 911
Restitution :
- Régime général des restitutions : 870
- Fruits : 875

Restitution de l'indu : 843-849
- Accord sur l'absence de restitution : 849
- Concubinage : 858-862
- Intention libérale : 847-848

Revendication : v. *Action en revendication*
Révocation :
- Révocation pour inexécution des charges : 702
- Révocation pour ingratitude : 251, 680-681, 902-905
- Révocation pour préjudice considérable subi par le concédant : 682-683

S

Sacrifices : 9, 82
Société :
- Et association : 504
- Capacité : 438-439, 479
- Intelligibilité de l'engagement : 454-461
- Intérêt social : v. ce mot
- Objet social : v. ce mot
- Relation d'affection : 469-475

Stipulation pour autrui : 233, 239, 634-636, v. aussi *Opérations impliquant trois personnes*
Subventions croisées: 363-364
Suites que la loi donne au contrat : v. *Contrat*
Sûreté pour autrui : v. *Opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité*
- Définition : 232
- Existence de la cause : 237-243
- Forme : 618-627
- Intelligibilité : 237-243
- Intérêt social : 444

Symbolique :
- Contrepartie symbolique : 357
- Fonction symbolique du droit : 19-20
- Franc ou euro symbolique : 197

T

Tiers : v. *Opération impliquant un tiers au rapport de gratuité*

Tradition : v. *Remise de la chose*
Transfert de propriété : v. *Propriété*
Transport bénévole : 32
- Droit romain : 33
- Qualification bénévole : 181-183
- Qualification contractuelle : 917
- Responsabilité du transporteur : 912

Travail domestique : v. *Prestations domestiques*

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements ..... **VII**
Principales abréviations ..... **IX**
Sommaire ..... **XIII**
Introduction **1**
Première partie Le caractère bienfaisant de l'accord gratuit **27**
Titre premier Défense de la conception bienfaisante de la gratuité **29**
Chapitre premier La relativité historique et axiologique de la conception abstraite de la gratuité **31**
Section I L'adoption tardive de la conception abstraite de la gratuité 33
A. Le code civil : le choix de la bienfaisance 34
1. Les sources du code civil 34
2. La rédaction du code civil 35
3. L'interprétation du code civil 37
B. Les XX^e^ et XXI^e^ siècles : l'adoption de la conception abstraite 39
1. La précision de la conception bienfaisante de la gratuité dans la première moitié du XX^e^ siècle 39
2. L'adoption de la conception abstraite par la doctrine majoritaire à la suite de la thèse de Jean-Jacques Dupeyroux 43
3. La consécration de la conception abstraite par l'ordonnance de réforme du 10 février 2016 46
Section II L'ancrage de la conception abstraite de la gratuité dans la tradition utilitariste et individualiste de l'être humain 50
§1. L'existence des actes de bienfaisance 52
A. La possibilité de la bienfaisance 53
1. L'existence d'actes objectivement désintéressés 53
2. La pluralité des hypothèses formulables quant aux motifs du concédant 55
a) La possibilité de l'existence de motifs égocentrés 55
b) La possibilité de l'existence de motifs bienfaisants 60
3. L'intelligibilité de la bienfaisance par les sentiments d'empathie et de compassion 62
B. La tradition individualiste et rationaliste, source du rejet de la bienfaisance 63
1. Individualisme 63
2. Rationalisme 65

§2. L'identification des actes de bienfaisance 68

Chapitre second La prise en compte des motifs de l'engagement dépourvu de contrepartie équivalente 73

Section I Motifs et qualification de l'acte comportant un engagement dépourvu de contrepartie équivalente 77

§1. La recherche des motifs bienfaisants dans la qualification de la donation 78

A. L'interdiction de déduire l'intention libérale de l'élément matériel 79

B. Les éléments propres à établir l'intention libérale 80

1. La relation d'affection entre concédant et bénéficiaire 81

2. L'affectation à une œuvre philanthropique 83

§2. L'exclusion du caractère gratuit ou bénévole de certains actes intéressés 86

A. L'exclusion de l'acte intéressé de la qualification gratuite ou bénévole 87

1. L'acte à titre gratuit 87

a) L'action paulienne 87

b) Les nullités de la période suspecte 88

2. Le transport bénévole et l'assistance bénévole 90

a) Transport bénévole 90

b) Convention d'assistance bénévole 91

B. L'exception du prêt à usage 92

Section II Motifs et validité du contrat comportant un engagement dépourvu de contrepartie équivalente 95

§1. Le principe : le contrôle de l'intelligibilité de l'engagement par la recherche des motifs 96

A. Les motifs dans le contrôle de l'existence de la cause avant l'ordonnance du 10 février 2016 97

1. Le constat de la recherche d'éléments objectifs extérieurs à l'acte permettant de supposer les motifs subjectifs 97

2. La nécessité de la recherche d'éléments extérieurs à l'acte 99

a) La cause, l'intelligibilité de l'acte et la présomption de motifs subjectifs intéressés ou bienfaisants 100

i) Cas général 100

ii) Prêt et dépôt 103

b) La recherche des motifs subjectifs dans l'engagement dépourvu de contrepartie 104

B. Les motifs dans le contrôle de l'intelligibilité de l'engagement après l'ordonnance du 10 février 2016 106

§2. L'exception : l'absence de contrôle de l'intelligibilité des opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité 110
A. L'extériorité des motifs 111
B. L'exclusion du contrôle de l'intelligibilité 116
1. Le constat de l'exclusion du contrôle de l'intelligibilité de l'engagement du concédant dans les opérations impliquant un tiers au rapport de gratuité 116
2. La justification de l'exclusion du contrôle : la protection des intérêts du tiers au rapport de gratuité 118
Section III Motifs et régime de l'acte comportant un engagement dépourvu de contrepartie équivalente 119
§1. Les règles justifiées par le motif bienfaisant 122
A. Les règles justifiées par la relation d'affection et l'œuvre philanthropique 122
B. Les règles justifiées par la faveur du droit pour le concédant 125
§2. Les règles justifiées par le désintéressement du concédant 133
A. Les règles justifiées par l'absence d'intérêt proprement dit 134
1. Le formalisme 134
2. L'exclusion du champ des règlementations économiques 138
B. Les règles justifiées par la volonté d'appauvrissement 142
1. Les règles justifiées par l'appauvrissement désintéressé 143
2. L'exclusion du régime de la gratuité de la règle justifiée par l'appauvrissement frauduleux 146
Titre second Éléments caractéristiques de la gratuité bienfaisante 151
Chapitre premier L'avantage volontairement consenti 153
Section I L'existence d'un avantage procuré au bénéficiaire 155
§1. La donation rémunératoire 156
§2. La compensation d'un déséquilibre 158
Section II L'absence d'avantage équivalent attendu par le concédant 159
§1. L'absence de contrepartie équivalente 160
A. L'absence de contrepartie au bénéfice du concédant 161
1. L'affectation de l'avantage procuré à l'œuvre philanthropique 161
2. L'éclairage de la contrepartie sur quelques questions du droit de la bioéthique 162
a) Le remboursement des frais et l'indemnisation des pertes 163
b) Le don croisé 166

B. L'existence d'une contrepartie constituant un sacrifice inférieur à celui résultant de l'avantage consenti par le concédant 168
1. La contrepartie dans les contrats de services gratuits 169
2. La contrepartie dans le financement participatif 171
3. La contrepartie symbolique 173
§2. L'absence d'avantage extérieur à l'acte 173
A. Typologie des opérations et modèles économiques de la « gratuité » intéressée 175
B. Caractérisation de l'avantage extérieur à l'acte 177
1. L'insuffisance du critère de la contrepartie convenue 178
a) Insuffisance des théories fondées sur la reconnaissance d'un lien entre plusieurs contrats 178
i) Insuffisance de la règle de l'accessoire 178
ii) Insuffisance de la théorie des ensembles contractuels 180
1° Ensembles contractuels et qualification des contrats 181
2° Ensembles contractuels et modèles économiques de la « gratuité » intéressée 183
b) Insuffisance de la recherche d'une contrepartie dans la fourniture de données personnelles 185
2. Caractérisation de l'existence d'un avantage extérieur au contrat équivalent à celui fourni par le concédant 190
a) Prestation 190
b) Sources de l'avantage 192
c) Équivalence de l'avantage 195
Chapitre second L'intention bienfaisante 197
Section I La relation d'affection 198
§1. La relation d'affection entre personnes physiques 199
§2. La relation d'affection entre personnes morales 202
A. La validité des contrats apparemment désintéressés conclus par une personne morale 205
1. Capacité de donner 205
2. Intérêt social 207
B. La prise en compte de la relation entre les personnes physiques intéressées 211
1. La qualification de contrat à titre gratuit 212
a) Intelligibilité de l'engagement des personnes morales 212

i) Exclusion de la qualité de personne interposée ou de tiers au rapport de gratuité 213

ii) Indifférence de la régularité du contrat au regard des règles relatives au processus d'engagement de la personne morale 215

iii) Insuffisance de l'exigence de sécurité juridique 216

b) Nécessité de la prise en compte de la relation entre personnes physiques 218

i) L'intelligibilité en cas de relation entre le concédant effectif personne physique et le bénéficiaire effectif personne physique 218

ii) La société : la relation entre l'associé personne physique et le cocontractant personne physique 219

2. Le régime de la gratuité 221

a) Rapports entre la personne morale et la personne physique 221

b) Rapports entre les personnes physiques 222

Section II L'œuvre philanthropique 224

§1. Recherche de la philanthropie en droit 226

A. Perspectives historiques et doctrinales 226

B. Absence de catégorie pertinente en droit privé et en droit fiscal 230

1. Le code civil de 1804 230

2. Le XX^{e} siècle : l'association et la fondation 232

a) Les associations 232

i) L'association simplement déclarées 232

ii) L'association reconnue d'utilité publique 234

iii) L'association dont l'ensemble des activités est mentionné au b du 1 de l'article 200 du code général des impôts 235

b) Les fondations 238

3. Le XXI^{e} siècle : l'entreprise de l'économie sociale et solidaire 238

§2. Critères de l'œuvre philanthropique 239

A. L'avantage procuré 240

B. Le désintéressement 242

Seconde partie La qualification contractuelle de l'accord gratuit 247

Titre premier La force obligatoire de l'accord gratuit 251

Chapitre premier Gratuité et force obligatoire du contrat 253

§1. Gratuité et fondements de la force obligatoire 257

A. Doute sur l'intention de produire des effets de droit 257

B. Absence de rencontre des intérêts des parties 259
C. Absence de légitimité des attentes du bénéficiaire 260
§2. Gratuité et opportunité de la force obligatoire 262
Chapitre deuxième La garantie des fondements de la force obligatoire 265
Section I La forme 265
§1. Le principe de la forme comme garantie des fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit 267
A. La forme, garantie de l'intention de produire des effets de droit 267
B. La forme, élément objectif matérialisant l'accord 271
C. La forme, garantie de la légitimité des attentes du bénéficiaire 272
§2. L'identification des formes garantissant les fondements de la force obligatoire de l'accord gratuit 272
A. Les formes écartées 273
1. L'accord verbal 273
2. L'acte sous signature privée 278
B. Les formes retenues 282
1. L'acte authentique 282
2. Le contrat à titre onéreux à contrepartie déséquilibrée ou fictive 283
Section II L'implication d'un tiers au rapport de gratuité 284
§1. La sûreté pour autrui 286
§2. La donation indirecte 290
A. Force obligatoire des donations informelles impliquant un tiers au rapport de gratuité 292
B. Absence de force obligatoire des donations informelles n'impliquant pas de tiers au rapport de gratuité 295
Section III Le commencement d'exécution 305
§1. La remise de la chose, fondement de la force obligatoire des prêts et dépôts gratuits 305
§2. Le commencement d'exécution, fondement de la force obligatoire des contrats à titre gratuit 308
Chapitre troisième La portée de la force obligatoire des accords gratuits 313
Section I Les sanctions de l'inexécution du contrat à titre gratuit 314
§1. Les sanctions de l'inexécution du concédant 315
A. Les limites des sanctions de l'inexécution 315
1. L'impossibilité morale d'exécuter 315

2. Les facultés de révocation 316
a) La révocation pour ingratitude 316
b) La révocation en cas de préjudice considérable subi par le concédant .. 317
B. Les sanctions de l'inexécution à l'intérieur de ces limites 320
1. Le principe de l'exécution forcée 320
2. Les conséquences de l'exécution forcée 322
§2. Les sanctions de l'inexécution du bénéficiaire partie à l'accord 325
A. Sanction de l'inexécution des charges 326
B. Sanction du défaut de réception de la prestation principale 328
Section II Les sanctions de l'inexécution de l'accord gratuit dépourvu de force obligatoire 329
§1. L'absence de quasi-contrat 330
§2. La responsabilité résultant de la faute dans la conclusion ou la rétractation de l'accord 333
A. Le fait générateur : la faute dans la conclusion ou la rétractation de l'accord 333
B. Le préjudice 335
Titre second La source contractuelle des effets afférents à la prestation gratuite 339
Chapitre premier Gratuité et source contractuelle des effets juridiques afférents à la prestation gratuite 343
§1. L'accord sur la prestation, fondement des effets essentiels à la réalisation juridique de celle-ci 343
§2. L'accord sur la prestation, fondement des effets accessoires à la réalisation juridique de celle-ci 345
Chapitre deuxième Le contrat à titre gratuit, source de l'absence de rémunération ou d'indemnisation de la prestation 347
Section I La rémunération ou l'indemnisation en dehors de toute allégation de gratuité 349
§1. Le principe de la rémunération ou l'indemnisation 349
A. La présomption d'un accord sur l'existence d'une contrepartie 350
B. La portée de l'absence d'accord sur l'existence ou l'absence de contrepartie : l'indemnisation par l'enrichissement injustifié 353
1. La fourniture d'un service non rémunéré, source de l'appauvrissement ... 353
2. L'accord sur la fourniture de la prestation, condition de l'enrichissement 354
3. L'absence d'accord sur l'existence ou l'absence d'une contrepartie, source du caractère injustifié de l'appauvrissement et l'enrichissement 355

§2. Le domaine de l'indemnisation 356
A. Les limites du domaine 356
B. Quelques catégories entrant dans le domaine 357
1. Les prestations domestiques 358
2. La mise à disposition d'un bien 359
3. Le service impliquant un tiers au rapport de gratuité 360
a) L'appauvrissement et l'enrichissement 361
b) La justification 362
Section II Rémunération ou indemnisation, intention libérale et relation d'affection 364
§1. L'insuffisance de la relation d'affection pour écarter l'indemnisation 365
A. La distinction entre intention libérale et accord sur l'absence de contrepartie 365
B. L'impossibilité de déduire l'accord sur l'absence de contrepartie de la relation d'affection 367
§2. Les effets de la relation d'affection 369
A. L'indemnisation du déséquilibre substantiel entre la somme des prestations réciproques 370
1. L'indemnisation du déséquilibre entre les prestations 370
2. Le caractère substantiel du déséquilibre 371
B. L'exclusion de tout autre effet 375
1. L'absence d'inversion de la charge de la preuve 375
2. L'absence de report de l'échéance du délai de prescription 377
Chapitre troisième Le contrat à titre gratuit, source des effets afférents à la prestation 381
Section I L'accord des parties, source des effets nécessaires pour concrétiser juridiquement la prestation 383
§1. La portée de la remise de la chose 383
A. Le contrat de donation, condition de l'exclusion de la restitution de la chose donnée 385
1. Le transfert de propriété du bien meuble corporel 385
2. L'absence de restitution de la somme d'argent 389
a) La somme d'argent transférée au bénéficiaire 390
b) La somme d'argent transférée en paiement de la dette du bénéficiaire . 393
c) L'absence d'exception en matière de concubinage 395

B. Le contrat de prêt ou de dépôt, déterminant des conséquences de la détention de la chose 400

1. Obligation de conservation et conséquences de la perte ou de la détérioration de la chose 400

2. Propriété des fruits produits par la chose 404

§2. Les conséquences de la prestation de service 405

A. L'engagement du bénéficiaire à reprendre les engagements souscrits en son nom et pour son compte 406

B. La mesure de la diligence attendue du concédant 408

Section II L'accord des parties, source des effets accessoires à la prestation 414

§1. Le rapport, la réduction et la révocation pour ingratitude 415

A. Le constat de l'absence de recherche de l'acceptation de la prestation 416

B. La nécessité de l'acceptation de la prestation 420

§2. L'indemnisation du dommage survenu 421

A. L'indemnisation du dommage causé par le défaut de la chose 422

B. L'indemnisation des autres dommages subis par le concédant 426

Section III La résolution du contrat, conséquence de la naissance des effets accessoires 430

Conclusion générale 435

Bibliographie 447

Index 471

Table des matières 479

Le contrat à titre gratuit

Depuis le milieu du XX^{e} siècle, la doctrine retient une conception abstraite de la gratuité, en la définissant cette dernière comme la simple absence de contrepartie. Le développement de la « gratuité » intéressée au XXI^{e} siècle, notamment sur internet, justifie un retour à la conception bienfaisante de la gratuité. La « gratuité » intéressée ne doit pas être soumise au régime du contrat à titre gratuit, qui contient notamment de nombreuses dispositions de faveur pour le concédant. La défense de la conception bienfaisante de la gratuité est consolidée par la précision des éléments objectifs permettant de présumer l'intention bienfaisante subjective : l'existence d'une relation d'affection unissant les parties ou l'affectation de l'avantage procuré à l'œuvre philanthropique.
Par ailleurs, la doctrine conteste la qualification contractuelle de l'accord relatif à l'assistance bénévole. Ce doute rayonne sur toute la catégorie des contrats à titre gratuit. L'accord gratuit pourrait ainsi ne jamais constituer un engagement sérieux. Toutefois, l'existence d'éléments objectifs adjoints à l'accord, et notamment d'une forme, permettent d'attester du sérieux de l'engagement des parties et de garantir les fondements de la force obligatoire de celui-ci. L'inexécution doit en être sanctionnée. Et cet accord conditionne et détermine les effets juridiques afférents à la prestation exécutée.

Mots-clés : gratuité, bienfaisance, intérêt, motifs, philanthropie, contrat, force obligatoire, nature contractuelle des obligations

The gratuitous contract

Since the middle of the 20th century, authors have adopted an abstract approach of gratuitous contracts, defining the gratuitous aspect as the sole absence of compensation. In the 21st century, the internet has emphasized that businesses can be run through the provision of "free" goods and services. These contracts are self-interested and should not be subject to the rules applicable to gratuitous contracts, which contain numerous provisions favourable to the grantor. A benevolent approach of gratuitous contracts should be preferred, where gratuitous contracts are defined through benevolence and not only the absence of compensation. This approach involves a subjective element, the benevolent intention. Objective elements allow this subjective intention to be presumed: affective relationship between parties and philanthropy.
Furthermore, authors write that the agreement on voluntary assistance is no binding contract. This doubt extends to the whole category of gratuitous contracts. However, the existence of objective elements, form, in particular, attests the seriousness of the parties' commitment and grounds its binding force. Non-performance of the gratuitous contract must be remedied. And the agreement causes and determines the legal effects of the performance.

Keywords: gratuitous contract, benevolence, interest, motives, philanthropy, contract, binding force, contractual obligations