

La prestation de service gratuite

Marianne FAURE-ABBAD

Professeure de droit privé, Equipe de recherche en droit privé (EA 1230), Université de Poitiers

La gratuità negli atti negoziali, Sedicesime giornate di studio Roma Tre-Poitiers

Roma 28-29 settembre 2018¹

1. Prestation de service.

Le Code civil français connaît la « prestation de service » depuis l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 qui a rénové le droit des contrats, mais il ignore encore la prestation de service « gratuite »². Quant au syntagme « Prestation de service », il n'a pas d'acceptation juridique qui fasse l'unanimité ; trois conceptions peuvent être identifiées.

La première, que l'on peut qualifier d'englobante, correspond aux services à la mode européenne³ : dans une vision plus économique que juridique, elle comprend les services comme tout ce qui n'est pas de la fourniture de biens (mandat, louages, contrat d'entreprise, dépôts, prêts, arbitrage...)⁴. C'est la position du Vocabulaire juridique CAPITANT qui définit la « prestation de service » comme un « *terme générique englobant, à l'exception de la fourniture de produits (en pleine propriété), celle de tout avantage appréciable en argent (ouvrage, travaux, gestion, conseil, etc.) en vertu des contrats les plus divers (mandat, entreprise, contrat de travail, bail, assurance, prêt à usage, etc.)* ». Une déclinaison plus poussée de cette conception services efface même la distinction entre la vente et le contrat d'entreprise, entre les biens que l'on « vend » et les services que l'on « preste ». C'est ainsi que le Code de tourisme français, transposant les directives européennes, contient un chapitre sur la « vente de voyages et de séjours » et, bien avant lui, René SAVATIER avait montré qu'un service pouvait bien faire l'objet d'un contrat de vente⁵. Cette vision des services est celle de la société marchande : on « vend » des services de banque, d'assurances, d'entretien⁶.

¹ Il s'agit de la version approfondie d'une conférence prononcée à cette occasion. Les actes ont paru sous la direction de B. CORTESE et V. MANNINO chez Jovene editore en 2019.

² Article 1165 : « Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation.

³ Les contrats de services supposent une rémunération dans la conception européenne : art. 50 du Traité de Lisbonne, art. L. 112-1 ou encore L. 114-1 du Code de la consommation.

⁴ V. P. PUIG, « Le contrat d'entreprise », in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations* (dir. L. ANDREU et M. MIGNOT), Institut Universitaire Varenne 2017, p. 115 et s., spéc. p. 124 et 125 : « L'identification du contrat d'entreprise au genre des contrats de prestation de service permettra tout d'abord de mieux cerner les critères de cette catégorie venue d'ailleurs et d'ordonner les grandes familles de contrats. Resserré autour des seules espèces qui l'opposent à la vente, le contrat d'entreprise méritera ensuite d'être décliné selon la nature mobilière ou immobilière de l'opération qu'il met en œuvre » ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^{ème} éd. 2018 qui distinguent la vente d'une part et « les contrats de service » d'autre part. La démarche est cependant plus pédagogique que développée dans un rôle de qualification juridique.

⁵ R. SAVATIER, « La vente de services », D. 1971, p. 223

⁶ Nous excluons cependant de notre étude les contrats translatifs de propriété, en admettant que dans le langage du droit, le transfert de propriété réalise le transfert d'une valeur préexistante et n'est pas un service. Il faut cependant souligner qu'il peut être délicat de distinguer la vente d'une chose à fabriquer du louage de fabrication d'une chose et

Une deuxième conception, étroite, resserre le contrat de prestation de service au louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise : elle y range les services consistant dans la réalisation d'une prestation matérielle ou intellectuelle créatrice d'une valeur nouvelle (le conseil donné, la construction d'un immeuble par exemple) ; elle en sort le dépôt et le mandat car le premier porte sur une chose préexistante tandis que le second est spécifique par la représentation qu'il suppose. C'est l'acceptation choisie par l'avant-projet CAPITANT de réforme des contrats spéciaux qui propose de définir le contrat de prestation de service comme celui « *par lequel le prestataire doit accomplir un travail de manière indépendante au profit du client* »⁷, sans y inclure le dépôt ni le mandat.

Enfin, dans une conception que l'on qualifiera de médiane, la prestation de service vise le contrat d'entreprise et s'élargit au dépôt et au mandat⁸, ces trois contrats formant « la base constante » des contrats de service⁹. Ces prestations relèvent du service au sens où elles désignent un travail (au sens générique de tâche) qui est offert au bénéficiaire ; le service est créateur d'une valeur économique (le fruit du travail) alors que la vente, le bail ou le prêt mettent à disposition, en propriété ou en jouissance, quelque chose qui a une valeur économique qui préexiste au contrat. Nombre de manuels de contrats spéciaux marquent une distinction entre les contrats portant sur les ouvrages ou services¹⁰ et les contrats translatifs de la propriété d'une chose d'une part et ceux conférant la mise à disposition d'une chose d'autre part (schématiquement *facere, dare, praestere*).

Entre ces différentes propositions pour délimiter le domaine de la prestation de service, il est difficile de trancher car il n'existe pas définition légale globale mais plutôt des définitions fonctionnelles qui varient selon le cadre d'analyse ou les textes à appliquer¹¹. Pour exemple, la Cour de cassation a récemment qualifié le prêt à usage de contrat de service gratuit consistant dans la mise à disposition d'une chose pour en user¹² ; il s'agissait de juger que le prêt d'immeuble n'était pas une libéralité et n'avait donc pas à être rapporté à la succession.

Pour traiter de la gratuité de la prestation de service, nous retiendrons la conception médiane afin de traiter ensemble le louage d'ouvrage, le dépôt et le mandat, trois contrats dont l'histoire est liée du point de vue de la gratuité.

2. Gratuité.

L'article 1107 du Code civil définit le contrat à titre gratuit à rebours du contrat à titre onéreux dans lequel chaque partie reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de ce qu'elle procure : le contrat est gratuit « *lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie* ». On mesure la distance prise par la réforme de 2016 avec l'ancien article 1105 du Code

qu'une prestation de service, qui peut être gratuite, accompagne bien souvent les ventes : conseil à l'installation, formation au matériel vendu, lavage de la voiture vendue, etc.

⁷ Art. 69.

⁸ Ces prestations relèvent du service au sens où elles désignent un travail (au sens générique de tâche) qui est offert au bénéficiaire ; le service est créateur d'une valeur économique (le fruit du travail) alors que la vente, le bail ou le prêt mettent à disposition, en propriété ou en jouissance, quelque chose qui a une valeur économique qui préexiste au contrat.

⁹ A. BENABENT, RDC 2010, n°1, p. 95 ; *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 12^{ème} éd. 2016.

¹⁰ J. HUET, Les principaux contrats spéciaux, *Traité de droit civil*, LGDJ 2016 ; P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, Litec.

¹¹ Dans le DCFR, le dépôt est dans le livre IV C avec l'entreprise mais le mandat est dans le D et l'entreprise ne comprend pas le transport et l'assurance. V. C. NOBLOT, « Pour une interprétation téléologique de la notion de service », *LPA* 25 mai 2018, n° 136g4, p. 8 qui défend l'idée de définitions adaptées de la notion de service aux textes qui la contiennent.

¹² Cass. Civ. 1^{re}, 11 octobre 2017, n°16-21419.

civil qui définissait le « *contrat de bienfaisance* » comme celui dans lequel l'un des contractants procurait à l'autre « *un avantage purement gratuit* ». Là où le contrat à titre gratuit du Code civil rénové définit la gratuité par l'absence de contrepartie, le Code civil de 1804 définissait la bienfaisance comme l'engagement désintéressé, *purement gratuit*. La distinction de l'onérosité et la gratuité des contrats n'est pas une simple déclinaison de leur synallagmatisme ou de leur unilatéralité¹³ ; un contrat peut être unilatéral parce que l'un seulement des contractants est obligé, tout en étant onéreux s'il en retire un avantage économique, lequel peut se trouver ailleurs que dans une obligation réciproque. Le contrat réel de prêt à intérêt en est un exemple. La contrepartie n'est pas forcément une obligation, en dépit de la rédaction sans doute maladroite de l'art. 1107 qui voit l'onérosité dans l'avantage « reçu » de l'autre. En dehors des libéralités, cela laisse assez peu de place en définitive aux contrats « purement » gratuits.

Si deux personnes conviennent que l'une réalisera gratuitement un logo pour l'entreprise de l'autre, lequel, en contrepartie s'engage à promouvoir ce travail auprès de ses propres clients, le contrat est synallagmatique et à titre onéreux ; il n'est évidemment pas gratuit puisque le créateur graphique reçoit bien un « *avantage de l'autre en contrepartie de celui qu'elle procure* » (définition du contrat à titre onéreux du nouvel art. 1107 C. civ.). De même, si le créateur réalise le logo sans recevoir aucun avantage déterminé de l'entreprise cliente, tout en nourrissant l'espoir que sa notoriété l'aidera à obtenir d'autres marchés, le contrat est unilatéral et reste à titre onéreux car la prestation fournie n'est pas purement gratuite. Le créateur est intéressé et espère bien retirer un avantage de ce travail mais cet avantage ne se traduit pas par un engagement, une obligation de l'autre partie¹⁴. En revanche si c'est seulement en raison de l'amitié qui le lie au jeune entrepreneur que le créateur accepte de réaliser le logo, leur contrat sera bien à titre gratuit ; le créateur aura fait une libéralité.

3. Fausse gratuité-gratuité relative

On prendra garde à ce qui peut apparaître comme une gratuité en trompe l'œil. La gratuité que perçoit celui qui ne fournit rien en contrepartie du service qu'on lui rend, peut dissimuler une onérosité lorsque cette contrepartie se trouve ailleurs que dans un engagement corrélatif.

Prenons l'exemple d'une vente avec primes. Il s'agit d'un contrat à titre onéreux auquel est ajouté un service (ce peut être un bien ou un produit) présenté comme gratuit. Le service est bien « gratuit » pour l'acheteur qui ne doit rien payer d'autre que le prix de la chose vendue pour le service en sus. Et pourtant, le service fourni en prime n'est accordé qu'en contrepartie de la vente qui le contient –c'est la différence entre une prime et un cadeau. La « prime » procure donc un avantage à celui qui la propose : elle incite à la consommation, ce pourquoi les ventes avec primes sont interdites lorsqu'elles constituent une pratique déloyale au sens du droit de la consommation¹⁵. On observe ainsi des distorsions entre la perception subjective de la gratuité chez le bénéficiaire et la réalité économique du service qui est fourni à titre onéreux.

¹³ C'est l'une des raisons avancées à la modification de la définition du contrat à titre onéreux de 1804 qui « recouvrait très exactement celle du contrat synallagmatique » : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations (Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil)*, Dalloz 2018, n°125. Adde F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats (consolidations, innovations, perspectives)*, Dalloz 2016, n°21-53.

¹⁴ C'était la définition du contrat à titre onéreux dans l'ancien article 1106 du Code civil : « le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose ».

¹⁵ Art. L 121-19 du Code de la consommation.

La relativité de la gratuité s'observe aussi du point de vue des règles : une prestation peut être gratuite du point de vue d'une règle et onéreuse du point de vue d'une autre règle. Nous en donnerons l'exemple suivant : une entreprise exploitant des restaurants dans des gares, fournissait gratuitement les repas à ses salariés pour tenir compte des contraintes d'organisation qui rendaient difficile la prise des pauses repas à l'extérieur. Un arrêt du Conseil d'Etat a jugé qu'il s'agissait de prestations de service fournies gratuitement et non à titre onéreux, de sorte qu'elles ne relevaient pas de la taxe sur la valeur ajoutée -TVA¹⁶. Le fiscaliste y verra donc une prestation de service gratuite ; mais le civiliste relèvera sans doute l'onérosité de la démarche : le service n'était-il pas la contrepartie de l'obligation pour les salariés de prendre leur repas sur place afin d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise ?

La prestation de service gratuite correspond donc à des réalités disciplinaires et des perceptions assez différentes¹⁷. On peut fournir un service gratuitement parce que l'on s'y est engagé quelle qu'en soit la raison ; on peut aussi rendre un service gratuit sans s'y être engagé, par acte spontané. Il y a dans les relations sociales des services gratuits que l'on fournit par obligation et d'autres que l'on rend par bonté d'âme sans se savoir obligés.

4. Plan.

Du point de vue des qualifications contractuelles, la gratuité ne joue pas le même rôle dans les trois contrats de prestation de service que sont le dépôt, le mandat et le louage d'ouvrage. Pour deux d'entre eux -le dépôt et le mandat- le Code civil souligne la gratuité du service à rebours du louage d'ouvrage qu'il présente comme supposant un prix. Le dépôt est « *essentiellement gratuit* » dit l'article 1917 et le mandat l'est « *s'il n'y a convention contraire* » dispose l'article 1986. S'agissant du louage d'ouvrage au contraire, l'article 1710 le définit comme le contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, « *moyennant un prix convenu entre elles* ». Dans le système de Code, la gratuité est un élément légal de classification des services : le dépôt (I) et le mandat (II) sont définis comme gratuits et le louage d'ouvrage est toujours à titre onéreux (III).

I. La gratuité nécessaire au dépôt

Dans la conception classique – celle des auteurs qui expliquaient les lois civiles en regard des solutions romaines – le dépôt ne pouvait qu'être gratuit et s'il ne l'était pas, la convention basculait dans le louage d'ouvrage. « *Le dépôt doit être gratuit* », expliquait DOMAT, « *car autrement ce serait un louage où le dépositaire louerait son soin.* »¹⁸ Et d'après POTHIER, « *Le contrat de dépôt est un contrat de bienfaisance : il renferme un office d'ami que le dépositaire rend au déposant. De là il suit que, pour que le contrat par lequel on confie la garde d'une chose à quelqu'un soit un contrat de dépôt, il faut que celui à qui on la confie s'en charge gratuitement ; car si par le contrat il exige quelque rétribution pour sa garde, le contrat n'est plus un contrat de bienfaisance ; il ne renferme plus un office d'ami. Ce n'est pas par conséquent un contrat de dépôt, c'est une autre espèce de contrat, c'est un contrat de louage, par lequel le gardien loue sa garde pour le prix convenu* »¹⁹. La gratuité

¹⁶ CE, 15 déc. 2017, *Recueil Lebon* n° 397913.

¹⁷ Des études sociologiques montrent ainsi que la gratuité des musées et monuments n'est pas forcément ressentie comme telle par les visiteurs qui relèvent d'autres coûts que le tarif du billet. V. GOMBAULT Anne, PETR Christine, BOURGEON-RENAULT Dominique *et al.*, *La gratuité des musées et des monuments côté publics. Représentations, projets d'usage et comportements des publics*. Ministère de la Culture - DEPS, « Questions de culture », 2006, 416 pages. ISBN : 9782110063304. URL : <https://www-cairn-info.ressources.univ-poitiers.fr/la-gratuite-des-musees-et-des-monuments--9782110063304.htm>

¹⁸ -J. DOMAT, op. cit. (n. 10), Liv. I, Tit. VII, *Du dépôt et du séquestre*, Sect. I, § II, p. 176

¹⁹ -R.-J. POTHIER, in *Œuvres de Pothier*, nouvelle édition, t. VI, *Traité du contrat de dépôt*, Paris, Beaucé, 1819, no 13, p. 265.

avait pour ces auteurs une importance capitale pour reconnaître le dépôt et le distinguer du louage d'ouvrage ; ce dernier rassemblait alors tous les services qui n'étaient pas gratuits.

Cette conception romaine fut reçue par les rédacteurs du Code civil qui définirent le louage d'ouvrage comme un contrat à titre onéreux tout en insistant sur la gratuité du dépôt. Le tribun MOURICAULT faisait ainsi observer aux membres du Tribunal que « *le louage d'ouvrage embrasse tous les engagements portant convention de salaire pour travaux, soins ou services ; le mandat et le dépôt eux-mêmes, quand ils ne sont pas gratuits, viennent s'y rattacher* »²⁰. Chez TROPLONG, on lit aussi que le dépôt devient un louage de service si le dépositaire ne se charge pas gratuitement de la chose déposée : « *Si le dépositaire ne se chargeait pas gratuitement de la chose déposée, ce ne serait plus ce contrat de bienfaisance que les lois ont organisé sur la base d'un sentiment désintéressé. Il deviendrait un louage de service* »²¹ et TROPLONG voit un louage dans le fait de déposer moyennant un prix, ses bagages à un batelier, sa toilette de bain chez le baigneur, ses effets de voyage à un aubergiste. « *Et si le Code dit que sa responsabilité sera appréciée plus sévèrement lorsqu'il aura stipulé un salaire, c'est à la suite de Pothier que ce n'est plus un dépôt mais un louage d'ouvrage* »²². La loi civile peut bien dire que la responsabilité du dépositaire sera appréciée plus sévèrement lorsqu'il aura stipulé un salaire pour le service qu'il rend, cette règle formulée au dépôt décrit une autre réalité, celle d'un louage d'ouvrage ; c'est pour cela que le dépôt est un contrat gratuit par essence (art. 1918) ; s'il a un prix, il est un autre contrat²³.

S'agissant du dépôt, la gratuité était ainsi cruciale et son absence discriminante pour sa qualification ; la stipulation d'un salaire pour la garde en faisait un louage. La catégorie du louage d'ouvrage était ainsi plus large qu'elle ne l'est aujourd'hui ; elle accueillait alors des prestations de garde qui relèvent aujourd'hui du dépôt salarié. La professionnalisation des services a multiplié les hypothèses de dépôt salarié qu'on ne confond plus avec le contrat de louage d'ouvrage. La distinction entre les deux contrats ne passe plus par la gratuité de l'un et l'onérosité de l'autre. C'est l'objet du service rendu qui permet de répartir les qualifications : le dépôt se caractérise par l'obligation de garde, essentielle²⁴, à charge de restituer à terme²⁵ ; c'est donc à l'obligation principale de garde, seule à caractériser le dépôt, qu'il faut s'intéresser pour le qualifier. Cependant, le dépôt et le louage d'ouvrage sont souvent associés dans les pratiques, le premier accompagnant fréquemment le second comme un accessoire de la prestation d'entreprise : il faut bien garder (conserver pour restituer) la chose du client que l'on entretient, répare, façonne etc.²⁶

Si contrat il y a, la gratuité de la garde de la chose déposée oblige à y voir un dépôt puisque le louage d'ouvrage est défini comme supposant un prix (art. 1710). Mais y-a-t-il toujours un contrat à la base des services que les personnes se rendent ?²⁷ Un fait matériel de dépôt n'est pas forcément

²⁰ P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, p. 321.

²¹ R. T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué selon l'ordre des articles du Code civil, Du prêt, du dépôt et du séquestre et des contrats aléatoires*, 1841, n°11, p. 161.

²² *Op cit.* n°12.

²³ « *Les choses qui sont de l'essence du contrat sont celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister, faute de l'une de ces choses, ou il n'y a pas du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat* », R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, Paris Masson 1883, n°6 p. 5.

²⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 2013, n°11-18.143.

²⁵ P.-Y. GAUTIER, « Le dépôt : exercices de qualification », *RDC* 2014. 149

²⁶ Pour un garagiste-réparateur, V. notamment Cass. com., 8 oct. 2009, *Bull. com.* n° 204, n° 08-20.048, *JCP E* 2010, 1038, obs. L. LEVENEUR ; *Contrats, conc. consom.* 2009, comm. 1, note L. LEVENEUR ; *Rev. Lamy dr. civ.* déc. 2009, p. 66, obs. C. LE GALLOU ; *D.* 2010, p. 480, note C. MOULY-GUILLEMAUD ; Cass. Civ. 1^{ère}, 5 avril 2005, *Bull. civ.* I n°165, n°02-16.926.

²⁷ Le doyen CARBONNIER s'interrogeait ainsi dans un passage de son *Flexible droit Pour une sociologie du droit sans rigueur* sur la tentation du non-droit dans le contrat de dépôt.

un contrat de dépôt car le service rendu peut témoigner d'une simple complaisance : l'acte de dépôt « peut être un simple fait, tout comme il peut être un contrat »²⁸. Tout n'est pas réductible au contrat. Il arrive au juge de voir les choses ainsi. En témoigne cette affaire dans laquelle une portraitiste avait remis au préposé du bar d'un hôtel un album de ses œuvres dont devait prendre connaissance un éventuel acquéreur. L'album ayant disparu, l'artiste avait invoqué l'existence d'un contrat de dépôt afin d'engager la responsabilité contractuelle du serveur. La Cour de cassation approuva les juges du fond d'avoir repoussé la qualification contractuelle : c'était dans l'exercice de leur pouvoir souverain qu'ils avaient retenu que la remise de l'album litigieux avait été acceptée par pure complaisance. Il n'y a pas dépôt, si l'accord ne s'est pas fait sur l'existence du dépôt.

2. La gratuité du mandat et honoraires

L'histoire du mandat et de la gratuité est différente de celle du dépôt. Le mandat n'est pas « essentiellement » gratuit comme l'article 1917 le dit du dépôt ; il est gratuit sauf convention contraire dispose l'article 1986, autrement dit il est présumé gratuit. C'est dire, selon TROP LONG, que le mandat est par nature gratuit, et non par essence ; il reste donc un mandat même si un prix est stipulé²⁹.

« Mais ici se présente une difficulté », poursuit TROP LONG : « puisque le mandat roule sur une obligation de faire, et que cette obligation de faire peut n'être pas absolument gratuite, en quoi le mandat salarié se distingue-t-il du louage de services, qui, lui aussi est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose moyennant un prix ? »³⁰ Il faut se souvenir que la conception du mandat comme un acte de représentation n'était pas unanime³¹ jusqu'à ce que les auteurs et la jurisprudence se rallient à la thèse de DUVERGIER qui avait proposé d'en faire le critère de qualification du mandat. Or il appert des textes du Code civil que les définitions du mandat et du louage d'ouvrage sont très proches : le mandat donne au mandataire le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom (art. 1984), tandis que le louage d'ouvrage est le contrat par lequel une personne s'engage à faire quelque chose pour l'autre. Dans les deux contrats l'un « fait quelque chose » pour l'autre. Avant d'être un contrat de représentation, le mandat englobait la gestion des affaires d'autrui, matérielles comme juridiques³². Gratuit, le mandat ne se confond jamais avec le louage d'ouvrage puisque celui-ci est nécessairement à titre onéreux (arg. art. 1710) ; mais quelle réponse donner lorsque le mandataire reçoit un salaire ? Le mandat salarié bascule-t-il du côté du louage d'ouvrage, à l'instar du dépôt ?

Pour TROP LONG, la réponse dépendait de deux considérations auxquelles la jurisprudence s'était attachée : « la première, c'est le prix ; la seconde, c'est la qualité des faits que l'une des parties doit

²⁸ A. BENABENT, « Dépôt, la marginalité de la preuve », RDC 2014, dossier « Le dépôt est-il véritablement un contrat ? », RDC 2014, n° 1105 : « L'acte de dépôt peut donc être un simple fait, tout comme il peut être un contrat : ce sera selon le degré d'engagement du dépositaire – du moins lorsqu'il est gratuit, tant il va de soi que la simple complaisance serait incompatible avec une rémunération dont la contrepartie est nécessairement l'engagement. »

²⁹ R.-T. TROP LONG, *Du mandat : commentaire du titre XIII du livre III du Code civil*, 1846, n°154, p. 172. Dans les numéros qui suivent, TROP LONG montre qu'à Rome le mandat était gratuit par essence et non par nature comme il l'est en droit français.

³⁰ R.-T. TROP LONG, *op. cit.* n°164.

³¹ TROP LONG la réfute : *Du mandat*, n°164.

³² Comp. art. 394 du Code des obligations suisse : « Le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis. »

accomplir»³³. S'agissant du prix, la somme qui peut être promise à un mandataire n'est pas l'équivalent de celle versée au locateur pour l'ouvrage qu'il a fait ; elle est donnée pour récompenser et honorer ses services et non comme un véritable prix, *merces* ; elle est un honoraire ou salaire, *honorarium, salarium*³⁴. Les honoraires ne viennent pas rémunérer le service rendu par le mandataire ; ils sont versés comme gratification, pour dire merci : c'est pour cela qu'ils ne sont pas la marque d'un louage d'ouvrage mais d'un mandat. Dans cette analyse, la stipulation d'honoraires ne change pas la nature du contrat, qui reste un mandat ; à rebours du dépôt qui, salarié, devient un louage d'ouvrage. Le prix du louage d'ouvrage « *correspond à la valeur du fait ; il en est l'estimation exacte ; il le traduit but à but en argent* », alors que l'honoraire du mandat « *au contraire, laisse une inégalité entre la récompense et le fait ; il n'a pas la prétention d'être le juste équivalent du service rendu ; il laisse une place pour la gratitude qui seule peut compléter le prix* »³⁵.

S'agissant de la nature des faits à accomplir, « *il y a des faits qui, bien que licites, n'entrent pas en louage* »³⁶ écrivait TROPLONG : « *Le véritable obstacle à ce qu'un fait tombe en louage est dans la dignité, l'honneur, la gravité de ce fait* »³⁷ poursuivait-il avant d'expliquer longuement³⁸ en quoi il y a entre « *les professions des inégalités de mérite et d'honneur* » que le droit « *doit reconnaître et consacrer [...] en donnant aux uns le louage, aux autres le mandat* »³⁹. Pour MERLIN DE DOUAI aussi, il convient de faire le départ entre les « *travaux qui, parce cela seul qu'ils sont ou doivent être payés soit d'après une convention expresse, soit d'après une convention tacite, font dégénérer le mandat en vertu duquel ils sont faits, en contrat de louage* » (et il donne l'exemple du maçon qui construit ou répare ce qu'on l'a chargé de construire ou de réparer) et « *les travaux qui, bien que salariés ne font pas perdre à celui qui les fait pour autrui, la qualité de mandataire. Ainsi ce n'est point comme locator operarum, c'est comme mandataire qu'un maître de langue ou de musique donne des leçons à ses élèves, qu'un avocat fait un mémoire ou une consultation, qu'un géomètre arpente un champ, un pré ou un bois* »⁴⁰.

Et pour résoudre la difficulté qu'il y a à départir les services d'un mandataire relevant des honoraires et ceux rétribués par un prix révélant le louage d'ouvrage, ces auteurs se sont appuyés sur la distinction entre les arts libéraux que l'on fait par mandat (professeur de droit, docteur, arpenteur, grammairien, avocat) et les arts mécaniques. « *Dépendent-ils d'un art mécanique, il y a contrat de louage entre celui qui les commande et celui qui les fait. Dépendent-ils d'un art libéral, celui qui les commande et celui qui les fait ne sont liés l'un envers l'autre que par un contrat de mandat.* »⁴¹

³³ R.-T. TROPLONG, *Du mandat*, n°171.

³⁴ R.-T. TROPLONG, *op. cit.*, n°172-173.

³⁵ *Op cit.* n°173.

³⁶ *Op cit.* n°176.

³⁷ *Op cit.* n°180.

³⁸ *Op cit.* n°181 et s.

³⁹ *Op cit.* n°183.

⁴⁰ MERLIN DE DOUAI, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, V° Notaire, §°6*

⁴¹ MERLIN DE DOUAI, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, V° Notaire, §°6*. Adde M. XIFARAS, « Science sociale, science morale ? Note sur la pénétration de l'économie dans la pensée juridique française au XIXe siècle », MOHNHAUPT Heinz, KERVEGAN Jean-François. *Wirtschaft und Wirtschaftstheorien in Rechtsgeschichte und Philosophie = Économie et théories économiques en histoire du droit et en philosophie*, Klostermann, pp.185-225, 2004. <hal-01027836>, p. 190 : « En effet, selon les partisans de la théorie classique, la liberté s'entend des activités humaines qui libèrent l'âme - les arts libéraux -, activités nobles par essence, qui peuvent à ce titre prétendre être régies par un régime spécial celui du mandat -, qui les distinguent des arts mécaniques et- plus généralement de tous les travaux manuels, dont le régime est gouverné par le contrat de louage d'ouvrage et d'industrie. »

Il y a donc eu un moment dans l'histoire de la doctrine française où une prestation de service pouvait être gratuite tout en justifiant une gratification qui n'était pas le prix du service.

Face à cette doctrine portée par des hommes influents, DUVERGIER défendit une toute autre thèse, qui enleva à la gratuité toute portée distinctive entre le mandat et l'entreprise⁴² : *« j'affirme que le travail intellectuel est susceptible d'être apprécié comme le travail physique ; que, de tout temps et dans nos mœurs actuelles surtout, on paie par un véritable prix les travaux les plus subtiles de l'intelligence. D'abord je suis assuré que, quelles que soient les préventions qui existent encore chez quelques personnes ou dans certaines professions, les saines idées économiques ont fait assez de larges progrès pour que ma proposition rencontre en général plus de sympathie que d'éloignement. Mais c'est par des notions qu'aucun jurisconsulte ne sera tenté de désavouer, que je veux établir ma doctrine »*. Et DUVERGIER le fit en mettant au premier plan le pouvoir de représentation, apte à caractériser le mandat et le distinguer du louage d'ouvrage sans qu'il ne soit ni utile ni nécessaire d'en passer par la confrontation des arts⁴³ et la distinction du prix et des honoraires⁴⁴. Les auteurs qui ont étudié la pénétration de l'économie dans la pensée juridique française au 19^e siècle ont montré la portée politique de la théorie de DUVERGIER : il s'agissait de lutter contre cette doctrine classique qui anoblissait les travaux intellectuels et gravait dans le marbre une inégalité statutaire des professions, incompatible avec l'esprit des temps modernes tourné vers l'égalité des travailleurs⁴⁵. La jurisprudence s'est ralliée à sa thèse : l'accomplissement d'un acte juridique au nom et pour le compte d'autrui est bien un mandat et non un contrat d'entreprise⁴⁶.

L'avènement de la représentation comme critère de qualification du mandat a fait reculer les difficultés de frontière entre le mandat gratuit et l'acte de complaisance, difficultés que TROPLONG exposait et résolvait en ces termes : *« On ne confondra pas cette obligation avec les services bénévoles qu'une personne consent à rendre à une autre sans y être tenue et sans entendre se lier. Je le répète : le mandat, qui dans l'origine n'était qu'un acte officieux, se traduit, en définitive, en un acte d'obligation et de nécessité. Mais tous les services qu'on rend n'ont pas ce caractère ; ils n'aboutissent pas à cette fin juridique. Il y en a qui restent précaires jusqu'au bout. C'est au jurisconsulte à examiner si les parties ont voulu, oui ou non, passer sous le joug d'un contrat engendrant charge, obligation et action. C'est par suite d'une telle appréciation qu'il faut décider que la personne qui rend un service par pure complaisance, ou par humanité (1), ne s'engage ni comme mandataire ni comme locateur d'ouvrages. Une assistance bénévole reste dans le domaine des actes volontaires et libres ; elle n'a pas pour cause un vinculum juris »*⁴⁷. A la différence de la garde de la chose déposée qui peut aujourd'hui encore flirter entre la complaisance et le contrat, la conclusion d'un acte juridique au nom et pour le compte d'autrui ne peut se produire en dehors d'une habilitation légale, judiciaire ou

⁴² J.-B. DUVERGIER, *Traité du contrat de louage, Le droit civil français expliqué dans l'ordre du Code*, continuation de l'ouvrage de C.-B. TOULLIER, 1838, n°268 Des caractères distinctifs du louage d'ouvrage et du mandat salarié, *in*: Revue de Législation et de Jurisprudence VI (avril-septembre 1837), pp. 60 sq.

⁴³ J.-B. DUVERGIER, *Traité du contrat de louage*, n°272.

⁴⁴ « Il est universellement reconnu, en droit, que la propriété des œuvres de l'esprit se transmet à prix d'argent. Victor Hugo ou Lamartine, Ingres ou Delaroche ont terminé un poème ou un tableau, ils le vendent, c'est l'expression que tout le monde emploie, et que les jurisconsultes trouvent juste et légale. La somme qu'ils reçoivent est un véritable prix. Pourquoi donc les leçons de littérature ou de peinture que donnerait un grand poète ou un grand peintre, moyennant une rétribution convenable, ne seraient-elles pas un louage ? Pourquoi cette rétribution ne serait-elle pas un prix ? Chercherait-on une différence dans ce que le poème et le tableau, une fois achevés, ont une forme matérielle, dont ne sont pas revêtus les conseils donnés, les inspirations transmises dans un enseignement quotidien ? À coup sûr ce serait un misérable subterfuge ; car ce qui se vend et se vend à très haut prix, ce n'est pas le papier et l'écriture de Victor Hugo ; ce n'est pas la toile et couleurs d'Ingres ; c'est leur pensée, c'est leur génie » (*Traité du contrat de louage*, n°270).

⁴⁵ M. XIFARAS, *op. cit.* p. 197.

⁴⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 19 févr. 1968, JCP 1968.II.15490.

⁴⁷ R.-T. TROPLONG, *Du mandat*, préc. p. 24 n°14,

conventionnelle puisqu'il faut un pouvoir de représentation. Il n'y a point de mandat par complaisance ; il faut donner un pouvoir.

3. Le *louage d'ouvrage gratuit*, un oxymore

Les rédacteurs du Code civil n'ont pas reconnu, à côté du louage d'ouvrage qui suppose un prix⁴⁸, un contrat nommé pour les ouvrages de bienfaisance ; pour rendre service à un ami, le Code civil offre le modèle du dépôt et du mandat mais s'il s'agit de « louer » son travail ou son industrie, l'affaire ne peut être gratuite. La gratuité exclut donc le louage d'ouvrage⁴⁹. « *Le prix est de la substance du louage* » lit-on chez POTHIER⁵⁰ ; le louage d'ouvrage « *est un contrat parfaitement synallagmatique* » lit-on chez DURANTON⁵¹.

La théorie de DUVERGIER qui reconnut le mandat par la représentation, eut pour conséquence de faire basculer dans l'innommé des contrats qui relevaient jusqu'alors du mandat : car lorsque la distinction du mandat et de l'entreprise cessa de suivre un critère économique (gratuité/onérosité) pour s'ordonner autour d'un critère technique (actes juridiques/actes matériels), les services matériels gratuits sortirent de la catégorie du mandat, faute de représentation, sans pouvoir correspondre à la définition du louage d'ouvrage, faute d'un prix.

Il est vrai que la Cour de cassation a déjà jugé que « *le contrat d'entreprise [était] présumé conclu à titre onéreux* »⁵², formulation laissant entendre qu'il pouvait être conclu à titre gratuit. Mais dans une autre décision, de quelques années plus ancienne, elle avait jugé différemment qu'il « *[appartenait] à celui qui se [prévalait] d'un contrat à titre gratuit de démontrer l'intention libérale* »⁵³. Il faut bien avouer qu'en règle générale, celui qui « fait quelque chose pour l'autre » en exécution d'un contrat l'accomplit en contrepartie d'un prix ; c'est cette règle générale que pose l'article 1710 du Code civil. Ce pourquoi, celui qui prétend que quelqu'un a contracté à son égard une prestation de service à titre gratuit doit démontrer l'accord des volontés sur l'absence de prix. Un tel contrat sort de la catégorie du louage d'ouvrage, faute de prix, pour tomber dans l'innomé⁵⁴.

C'est ainsi qu'on rencontre en jurisprudence des « contrats de service gratuit » ou des « contrats d'assistance bénévole » : artisan menuisier installant chez sa concubine un insert et une cheminée⁵⁵, architecte se chargeant de la conception d'une villa et de l'établissement du dossier de permis de construire⁵⁶. La gratuité de ces contrats n'a pas empêché les juges de retenir un régime de responsabilité comparable à celui du louage d'ouvrage, comme si la qualité de professionnel des prestataires devait primer sur la gratuité du service. Dans les exemples donnés, le concubin fut condamné pour n'avoir pas installé l'équipement dans le respect des règles de l'art (incendie) ; et

⁴⁸ Lequel peut ne pas être fixé après la conclusion du contrat (art. 1165 C. civ.).

⁴⁹ Elle est un « contrat de services gratuits », H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, t. III, vol. II, 5e éd. 1980, par DE JUGLART* : n° 1328 s.

⁵⁰ POTHIER, *Traité du contrat de louage*, n°397.

⁵¹ DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome XVII, 1833, éd. Alex Gobdet, n°4, p. 4.

⁵² Cass. Civ. 3^e, 17 décembre 1997, *Bull. civ.* III n° 226, pourvoi n°94-20709.

⁵³ Cass. Civ. 3^e, 31 mai 1989, *Bull. civ.* III n°126, pourvoi n° 88-11524.

⁵⁴ B. BOUBLI, *Répertoire de droit civil, V° Contrat d'entreprise*, n°46. Sauf à y voir un contrat de donation lorsque c'est un meuble qui se trouve fabriqué à partir des matériaux de l'artisan. F. LABARTHE et C. NOBLOT, *Traité des contrats* (dir. J. GHESTIN), *Le contrat d'entreprise*, LGDJ 2008, n°31.

⁵⁵ CA Amiens 4 juillet 2006, n° 05/00483.

⁵⁶ Cass. Civ. 3^e, 3 juill. 1996, no 94-16.827, *Bull. civ.* III, no 166 ; *JCP* 1997. II. 22757, note Ph. LE TOURNEAU.

L'architecte avait quant à lui manqué à son obligation de conseil et commis une faute en lien avec les désordres de construction.

De lege ferenda, L'avant-projet de réforme des contrats spéciaux élaboré par l'Association Henri CAPITANT propose une définition du contrat de prestation de service, héritier du louage d'ouvrage du Code civil, qui abandonnerait le prix comme élément caractéristique. Selon l'article 71 du projet, « le contrat de prestation de service peut être conclu à titre onéreux ou à titre gratuit ». Ces contrats de service gratuit qui ne sont ni des mandats ni des dépôts, deviendraient ainsi des contrats nommés partageant leur qualification légale avec les services rendus à titre onéreux. Cette convergence de qualification pourrait s'accompagner d'une divergence des régimes juridiques selon que l'on considère ou non la gratuité du service comme susceptible de diminuer les attentes légitimes du cocontractant.

L'introduction de la prestation de service gratuite dans l'ordre des contrats nommés que propose l'avant-projet CAPITANT pose également la question du paradigme du « tout contrat » : resterait-il encore de la place pour des services gratuits rendus en dehors de tout contrat si l'on admettait qu'un contrat de prestation de service puisse être conclu sans prix ? La question se pose dans la mesure où la Cour de cassation française n'hésite déjà pas à qualifier de « conventions d'assistance bénévole » des services d'entraide qui, dans le cours normal des choses échapperaient à toute qualification contractuelle⁵⁷. Pour autant, pour qu'il y ait contrat il faut avant tout un accord de volontés destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations (art. 1101 C. civ.). Le cas du transport est sur ce point inspirant puisque le transport bénévole, non contractuel, existe à côté du contrat de transport gratuit auquel il n'est pas assimilé⁵⁸. On conviendra que la distinction est subtile⁵⁹ et oblige les juges à rechercher l'existence d'un accord de volontés, non pas seulement sur les conditions matérielles du transport mais sur la création d'obligations de nature civiles. Tous les services rendus ne sont pas réductibles au contrat.

Conclusions.

1. La gratuité fut un critère majeur pour tracer la frontière du mandat et du dépôt d'avec le contrat de louage d'ouvrage ; le *locator operis* travaillait toujours moyennant un prix apprécié selon la valeur de son travail (art. 1710 C. civ.) alors que le mandataire et le dépositaire fournissaient des services d'amis, gracieux (art. 1917 et 1986 C. civ.) ;

⁵⁷ Le cas fondateur est celui de l'arrêt Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1959, *D.* 1959, p. 524, n. R. SAVATIER ; *JCP* 1959-II-11187, n. A. ESMEIN. Un cultivateur s'était blessé en prêtant main forte à un camionneur embourbé ; la première Chambre civile avait relevé qu'« il [ressortait] des faits souverainement constatés qu'une convention d'assistance [était] intervenue entre les parties ; que cette convention [impliquait] pour l'assisté l'obligation de réparer les conséquences des dommages corporels subis par celui auquel il [avait] fait appel. » Il s'agissait d'utiliser le régime du contrat pour permettre la réparation du dommage là où la responsabilité extracontractuelle ne le permettait pas. L'article 1382 (art. 1240 nouv.) était inapplicable à défaut de faute imputable au camionneur ; quant à l'article 1384 C. civ. (art. 1242 nouv.), son jeu était rendu difficile par le fait que l'accident ne semblait pas avoir été directement causé par le camion.

⁵⁸ Cass. civ. 1^{re}, 6 avr. 1994, *JCP* 1994. I. 3781, n° 1, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *RTD* civ. 1994. p. 866, obs. P. JOURDAIN. *Adde Répertoire de droit civil, V° Contrat de transport*, Ph. LE TOURNEAU et C. BLOCH, n°24.

⁵⁹ « Inutilement subtile » pour Ph. LE TOURNEAU qui ne voit « pas, en droit, la raison pour laquelle la qualité de contrat est déniée au transport à titre bénévole, dans la mesure où il y a bien une rencontre de volontés sur un objet déterminé, comportant un déplacement dont une partie a la maîtrise, et *V° Contrat de transport* alors que le caractère onéreux n'est pas de l'essence du contrat (comme il le serait de la vente ou du bail) », préc., n°25.

2. La stipulation d'un prix en contrepartie du service rendu emportait toujours la qualification de louage d'ouvrage ; la solution changea lorsque 1) le mandat fut défini par le pouvoir de représentation (ce qui permit le développement de mandats salariés dans lesquels les honoraires n'étaient plus vus comme des gratifications mais comme le prix du service rendu) et 2. lorsque le dépôt se professionnalisa et fut davantage identifié par sa prestation caractéristique –la garde- que par sa gratuité ;
3. Si la gratuité n'est plus la marque distinctive du dépôt et du mandat, elle reste incompatible avec le louage d'ouvrage qu'elle dénature en contrat innommé ;
4. La gratuité interroge la distinction des contrats et des actes de pure complaisance, là où l'onérosité du service révèle toujours l'existence d'un contrat ; cette question s'est tarie pour le mandat qui, même gratuit, exige le contrat pour fonder le pouvoir du mandataire.