

Renversement de l'appréhension juridique du gratuit et de l'onéreux dans une perspective décroissante.

David HIEZ, Professeur à l'université du Luxembourg

David.hiez@uni.lu

Le Droit a est un excellent révélateur des conceptions d'une société dans la mesure où il en constitue la vérité officiellement consacrée¹. Or on sait bien que le droit a toujours fait une place à part aux libéralités, ce qui recouvre les donations et les testaments. Ces mécanismes sont soumis à un régime particulier, empreint d'un souci de protection du gratifiant qui s'appauvrit ainsi que d'une certaine faveur pour la noblesse de l'acte². Cette catégorie est toutefois relativement marginale et n'a pas vocation à appréhender l'ensemble des phénomènes de gratuité³. La lettre de l'article 1107 du code civil issue de la réforme de 2016 consacre la suprématie de l'onéreux sur le gratuit, ce qui est somme toute passé relativement inaperçu, tant ceci correspond à la conception implicite dominante. Pourtant, une excursion historique nous convaincra que cette appréhension n'a rien d'une évidence et qu'elle constitue un construit historique (I), ce qui permettra de réfléchir à l'éventualité d'une inversion de la catégorisation juridique (II).

I. La genèse de la suprématie du titre onéreux

Si on examine la distinction du gratuit et de l'onéreux sur le temps long, il apparaît à la fois que la distinction n'a été systématisée que récemment et que le droit est passé d'une faveur pour la gratuité à un soupçon croissant à son endroit.

A. La construction de la distinction

La systématisation de la distinction s'inscrit dans un mouvement général de rationalisation et de systématisation du droit, qui a d'abord marqué l'évolution du droit romain lui-même et qui, après une éclipse durant le haut moyen-âge, n'a abouti que lentement aux constructions des 17^{ème} et 18^{ème} siècle qui ont connu leur apogée avec les codifications du 19^{ème} siècle. Cette évolution est toutefois autonome de la marche vers le productivisme, ou du moins elle n'y est pas liée par des ressorts directs, et ne nous intéresse donc pas. Il suffit de dire que le droit romain connaissait des contrats de service gratuit, tels que le prêt à usage ou le mandat, mais qu'il ne connaissait pas la catégorie des actes à titre gratuit. Celle-ci a été progressivement élaborée au cours du moyen-âge et affirmé par les auteurs des 17^{ème} et 18^{ème} siècle, notamment Domat et

¹ A. Supiot, *Homo juridicus Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, pp. 19 s.

² Nous laissons de côté les aspects destinés à contrôler la destination de ces libéralités, mu par une conception du mécanisme successoral sans intérêt pour notre propos.

³ M. Mauss, « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange », originellement publié dans la *Revue Année sociologique*, 1923-1924, disponible en libre accès : <https://journals.openedition.org/lectures/520>. A. Caillé, *Extension du domaine du don Demander donner recevoir rendre*, Actes Sud, 2019.

Pothier⁴. Elle s'est retrouvée dans le code civil de 1804 aux articles 1105 et 1106 qui distinguait les contrats de bienfaisance des contrats à titre onéreux, et cette distinction a perduré par-delà la réforme générale du droit des obligations de 2016, quoiqu'on discute une éventuelle modification des contours de la distinction⁵. Tout ceci n'est pas d'un grand apport pour notre propos, à la différence du contenu de la distinction.

Puisque le droit romain n'a pas systématisé la distinction, il semble d'un apport limité, mais on y observera toutefois que les contrats gratuits y concernaient des contrats que nous ne qualifions plus ainsi : principalement le dépôt, le prêt à usage, le mandat. Ces trois contrats y sont des contrats considérés comme entre amis et n'appellent donc naturellement pas de rémunération. Ce n'est pas à dire qu'aucune rétribution ne soit possible et le droit romain connaissait les « honor », indemnités qui pouvaient être versées à celui qui rendait le service gratuit. Il en résulte au moins que la distinction du gratuit et de l'onéreux n'avait pas la même signification que de nos jours, le gratuit étant beaucoup plus large. En outre, le gratuit disposait d'une grande faveur, rattaché à la survalorisation de l'oisiveté⁶. Au 17^{ème} siècle encore, Domat qualifiait de « mercenaires » les personnes pratiquant des activités contre rémunération et au 18^{ème} Pothier les conventions mercantiles de « services ignobles »⁷.

En suivant Jean-Michel Poughon⁸, on relèvera toutefois un autre aspect rattaché à cette distinction : le gratuit et l'onéreux n'étaient pas thématiques en tant que tel à Rome, tandis que l'était la distinction des contrats nommés et innommés, les premiers étant proprement juridiques tandis que les seconds correspondaient à des contrats qui n'étaient pas appréhendés par le droit, sans qu'il soit exclu que le droit y intervienne. Or les contrats innommés correspondent aux contrats gratuits, l'éloignement du droit correspondant bien à l'idée de relations entre amis. Au moyen-âge, notamment avec les glossateurs, l'attention va se décaler vers l'objet du contrat, d'où émergera la distinction du gratuit et de l'onéreux.

La faveur longtemps accordée aux contrats gratuits n'était évidemment pas étrangère à l'extension de la gratuité, qui au reste ne n'était pas nommée ainsi ; encore au 18^{ème} siècle Pothier l'envisageait sous le terme de contrats de bienfaisance. Il définissait ces contrats comme « ceux qui ne se font que pour l'utilité de l'une des parties contractantes »⁹. Il affirme bien que les premiers de tels actes étaient les libéralités mais, prenant argument qu'elles ne se font pas toujours par contrats, il les envisage ailleurs et consacrent ce livre aux seuls prêts à usage, au dépôt et au mandat. Le code de 1804 s'inspire ici comme dans la plupart des matières des travaux de Pothier et définit le contrat de bienfaisance comme « celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit »¹⁰, tandis que « le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose »¹¹.

⁴ M. Boitard, *Les contrats de service gratuit*, Sirey, 1941, pp. 40 s.

⁵ La lettre de la définition des deux catégories de contrat a été modifiée. V. F. Terré, op.cit., n°101.

⁶ C. Rossetto, *Le service gratuit de la tradition au numérique*, Thèse, 2020, n°31.

⁷ cité par C. Rossetto, op. cit., note 174.

⁸ J.-M. Poughon, « Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat », *Droits. Revue française de Théorie juridique*. P.U.F., 1990, vol. 12.

⁹ R. J. Pothier, *Traité des contrats de bienfaisance : selon les Regles, tant du for de la Conscience, que du for Extérieur*, 1773, vol. 1, Classic Reprint 2018, p.3.

¹⁰ C.civ., ancien art. 1105.

¹¹ C.civ., ancien art. 1106.

Quoiqu'il en soit, la catégorie des contrats de bienfaisance a rapidement été assimilée aux libéralités, les autres contrats tombant progressivement dans la marginalité. La thèse de Michel Boitard au 20ème siècle sur les contrats de service gratuit¹² pouvait même apparaître comme un chant du cygne. Pourtant, comme l'indique son illustre préfacier, « ces fournitures gratuites de service sont extrêmement fréquentes »¹³; le désintérêt des juristes ne s'expliquerait que par le fait que ces contrats ne donneraient pas lieu à beaucoup de procès.

La réforme de 2016 atteste de la continuation de la marginalisation du gratuit à plusieurs titres. D'abord, elle inverse la présentation et envisage en premier lieu le contrat à titre onéreux¹⁴, alors qu'il était encore second en 1804. Ensuite, elle renomme l'ancienne catégorie de contrats de bienfaisance en contrats à titre gratuit, terminologie cohérente avec la restriction de ce domaine devenu résiduel. Et pour finir, elle transforme la définition en opposant contrat dans lequel chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure et contrat dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie. La nouvelle rédaction ne fait malgré tout que consacrer une évolution effective et il est probable que les changements seront sans effet concret¹⁵. Formellement, on relèvera une meilleure rédaction de la définition du contrat à titre gratuit faisant ressortir le double élément de l'absence de contrepartie et d'intention libérale ; inversement, la confusion est maladroitement renforcée entre contrats onéreux et synallagmatique (L'avantage contrepartie renvoie à l'existence de deux prestations réciproques, caractéristique du contrat synallagmatique.).

B. Les difficultés créées par la nouvelle suprématie de l'onéreux

La difficulté de trouver un critère opératoire

La difficulté de tout classement est d'en fixer la portée et donc d'en dégager les critères pertinents. Il apparaît déjà que cette classification peine à embrasser toutes les obligations, les devoirs de famille y échappant, et plus largement les obligations légales¹⁶. Mais même au sein de la sphère contractuelle, la distinction serait inapplicable aux contrats alliance¹⁷ et serait donc cantonnée aux contrats échange. Or les interprétations de ces deux articles ont été très discutées depuis 1804. Sans les détailler, ce qui dépasserait le cadre de notre objet, on mentionnera l'opposition entre analyses objectives et subjectives, selon que le critère retenu tenait à l'absence de contrepartie ou à la psychologie du cocontractant, le point de vue à retenir du côté de celui qui s'oblige ou de celui qui reçoit, ainsi que les intrusions entre ces débats et ceux sur la cause du contrat ou sur la distinction voisine des contrats unilatéraux et synallagmatiques, la différence entre les deux distinctions demeurant encore contestée¹⁸. Il s'agit là de discussions conceptuelles dont les ressorts sont principalement techniques, comme en atteste la justification encore récemment faite de la conjonction de l'intention libérale et de l'absence de contre-partie dans le but de rendre compte des cas limite¹⁹.

¹² M. Boitard, *op. cit.*

¹³ P. Esmein, « Préface », in M. Boitard, *op. cit.*, p. 2.

¹⁴ C.civ., art. 1107.

¹⁵ C. Alleaume, art. 1107, in T. Douville, *La réforme du droit des contrats : Commentaires article par article*, pp. 39-40.

¹⁶ V. Zalewski, *Familles, devoirs et gratuité*, Logiques Juridiques, juillet 2004, 452 p.

¹⁷ J.-F. Hamelin, *Le contrat alliance*, Economica, 2012, spéc. n° 35.

¹⁸ F. Chénédé, *Le contrat commutation*, Economica, 2008, ns°197 s

¹⁹ F. Hartman, *La notion de libéralité*, IRJS Editions, 2020, 438 p.

Les contrats de service gratuit

La thèse de M. Boitard présente en tous cas un grand intérêt, puisqu'il propose d'affiner l'opposition traditionnels entre le gratuit et l'onéreux en créant la catégorie des contrats de service gratuit, correspondant peu ou prou aux contrats de bienfaisance autres que les libéralités (Nous négligeons volontairement la distinction technique selon que la prestation gratuite consiste dans un service ou dans le transfert d'un bien ou d'un droit.). Il porte l'accent sur l'ensemble des services qu'on se rend gratuitement et qui parfois affluent en justice : soins prodigués gratuitement entre médecins, contrats d'entraide gratuite entre agriculteurs, et multiplication des hypothèses de transport bénévole. Il dégage de sa systématisation une définition : le contrat de service gratuit est « le contrat dans lequel un des contractants se constitue débiteur d'un service sans exiger, intentionnellement, une rémunération ou un avantage en contrepartie »²⁰.

Cet ouvrage est un vibrant appel à la reconnaissance de l'étendue de la gratuité, mais il témoigne aussi de la restriction qui s'est déjà opérée du gratuit. D'abord, l'établissement de ce nouveau contrat presque intermédiaire entre la libéralité et l'onéreux renforce ce qui sépare l'acte purement gratuit du contrat de service gratuit. Ensuite, il prend acte des restrictions de la catégorie, tel le passage des actes mixtes de Pothier (donations avec charge notamment) du gratuit vers l'onéreux²¹. L'évolution vers l'onéreux est toutefois si massive que la thèse de M. Boitard apparaît comme un phare dans la nuit pour ceux qui aujourd'hui cherchent à donner une nouvelle extension à la gratuité²², particulièrement à l'heure du numérique²³. Et pourtant, le mouvement de restriction de la gratuité se poursuit, comme en atteste l'émergence de la catégorie de contrats neutres, gratuits ou onéreux selon les circonstances, ou l'analyse des contrats de service gratuit intéressés (prêt du charriot dans les grandes surfaces par exemple) comme des contrats onéreux²⁴. Finalement, l'irrésistible progression de la sphère de l'onéreux ne cède que devant les domaines dans lesquels la distinction est inapplicable : d'une part les faits juridiques et les actes extrapatrimoniaux²⁵, d'autre part les actes non destinés à organiser l'échange. Ces exemples sont toutefois assez marginaux, dans la mesure où le contrat demeure envisagé de façon dominante dans sa seule fonction économique.

La résurgence de la pensée de Marcel MAUSS

La pensée de Marcel MAUSS est connue des juristes comme une théorie du don, avec l'idée contraire à l'opinion dominante que l'origine de nos relations économiques ne se trouveraient pas dans la figure de l'échange mais dans celle du don. Mais le cryptique sur lequel repose cette proposition est finalement peu connu : donner, recevoir, rendre. Dans les sociétés traditionnelles sur lesquelles MAUSS puise ses hypothèses, le don se caractérise bien par une absence de contrepartie immédiate et impérative, mais elle ne donne pas moins lieu à d'autres dons postérieurs de la part du bénéficiaire du don (méthodologiquement) initial. Il en résulte qu'aucun don ne fait sens pris isolément, il s'insère dans un passé qui l'éclaire et dans un futur qui lui donne sens : je donne parce que j'ai reçu et en ce sens mon don est une restitution, et je donne car je sais qu'on me

²⁰ M. Boitard, op. cit., p.167.

²¹ M. Boitard, op. cit., p. 160.

²² N. Bergeman, « Le contrat de services gratuits un modèle pour penser l'altruisme en droit des contrats », *Revue juridique de l'ouest*, 2010, vol. 23, n° 4, pp. 443-469.

²³ C. Rossetto, op. cit.

²⁴ C. Rossetto, op. cit., pp. 313 s. ; S. Coudert-Piatkowski, *La mise à disposition d'une chose*, thèse Montpellier, 2016, n° 82.

²⁵ S. Benilsi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, thèse Montpellier, ns° 261 s.

rendra, quand bien même ce « rendre » ne s'inscrit pas dans le vocabulaire de l'obligation juridique.

Ces travaux ont été largement ignorés des juristes, et même longtemps au-delà. Elle bénéficie en revanche d'un approfondissement et d'une diffusion importante depuis une trentaine d'années, notamment à travers les travaux du MAUSS, animé notamment par Alain Caillé, et de la revue éponyme : mouvement anti-utilitariste en sciences sociales. Ces recherches n'ont pas massivement innervé la doctrine juridique mais certains courants s'y sont montrés plus sensibles, notamment le solidarisme contractuel²⁶ qui s'abreuvait déjà au solidarisme, intellectuellement proche des idées de MAUSS. Mme Rochfeld a utilisé ces travaux pour la classification des contrats à laquelle l'a conduite sa recherche sur la cause et les types de contrats²⁷. Elle identifie les contrats à titre gratuit par référence expresse à Marcel MAUSS à qui elle attribue cette définition des libéralités : « toute prestation de bien ou de service effectué, sans garantie de retour, en vue de créer, nourrir ou de recréer le lien social entre les personnes »²⁸. Cette référence au lien entre les personnes et l'intuitu personae qui la sous-tend la conduit à exclure la possibilité d'établir des types de contrat à cet égard, la cause de chaque contrat étant unique. En revanche, ceci lui permet d'enrichir de façon décisive les recherches sur la catégorie d'actes à titre gratuit. Elle affirme notamment que la libéralité n'est pas une forme d'échange mais une forme de relation, ce qui ne l'empêche pas d'être classé parmi les contrats commutation²⁹.

On regrettera seulement l'assimilation de contrat à titre onéreux au rationnel, ce qui renvoie l'acte à titre gratuit du côté de l'irrationnel. Certes, l'explication est parfaitement convaincante dans le sens où l'acte à titre onéreux consiste dans la recherche d'une finalité bien précise dont le succès est immédiatement vérifiable à travers l'obtention de la contrepartie attendue. En outre, elle présente l'avantage de correspondre aux appréciations des actes à titre gratuit en doctrine : acte dangereux et marginal du fait de l'absence d'explication immédiate et raisonnable pour l'ensemble d'une communauté selon Flour et Savaux³⁰, actes gratuits intéressés sanctionnés par le droit de la consommation, teintés d'irrationalité adaptée à un XXème siècle plus affectif et infantile³¹. Tout ceci est toutefois bien éloigné, nous semble-t-il, de la pensée de M. Rochfeld qui n'a eu nulle intention de rejeter à la marge cette gratuité. Derrière la rationalité qu'elle rattache au titre gratuit, se trouve en réalité la seule rationalité instrumentale, l'utilitarisme. Et cette précision est nécessaire si on veut détacher le gratuit de l'irrationnel, celui-ci étant simplement rattaché à une autre rationalité, opposée à celle de l'homo economicus dont la mode est en train de passer.

Mais il est un point central que nous n'avons pas développé, c'est l'intérêt de la distinction, c'est-à-dire la différence de traitement juridique de l'un et l'autre contrat.

²⁶ A. Caillé, « De l'idée de contrat, le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », in Ch. Jamin & D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, p.27

²⁷ J. Rochfeld, *Cause et type de contrats*, 1999, LGDJ, 632 p.

²⁸ J. Rochfeld, op. cit., n°296.

²⁹ F. Chénéde, op.cit., spéc. ns° 30 s. Quoiqu'il se déclare sur le fond avec Mme Rochfeld, M. Chénéde se sépare de sa terminologie de « contrepartie relationnelle » pour lui préférer celle de « satisfaction extra-patrimoniale qu'il ressent en alimentant la relation qu'il entretient avec le gratifié : n°191

³⁰ Cité par J. Rochfeld, op.cit., n°303

³¹ J. Carbonier, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 5ème éd., Paris, 1983, pp.269 s

II. L'intérêt de la distinction

A. Faveur et défaveur pour la gratuité

Les auteurs relèvent différents aspects : contrats gratuits marqués par l'*intuitu personae*, appréciation moins rigoureuse des obligations de celui qui s'engage à titre gratuit, responsabilité renforcée du bénéficiaire, appréciation différente de la cause, traitement fiscal distinct... Ces différences ne sont pas exhaustives, mais elles ne sont pas non plus systématiques, c'est-à-dire que derrière les deux catégories on retrouve une grande diversité de contrats spéciaux soumis à des règles différentes dans le détail en sorte que, comme bien souvent, la distinction est plus pédagogique que porteuse d'une portée normative clairement identifiée. Il n'en demeure pas moins que ces approches présentent un caractère commun: elles se concentrent sur l'acte à titre gratuit, que ce soit pour lui marquer faveur ou défaveur.

La première règle est bien connue en droit civil: la responsabilité atténuée par faveur pour le prestataire gratuit. L'exemple le plus connu est probablement l'alinéa 2 de l'article 1992 à propos du mandat : Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire.

D'autres faveurs viennent récompenser l'engagement gratuit du prestataire, comme en matière de prêt à usage, que le code qualifie d'essentiellement gratuit³². Le prêteur n'est responsable des défauts de la chose prêtée qu'à plusieurs conditions³³ le défaut est tel qu'il est susceptible de causer des dommages à l'emprunteur, le prêteur connaissait le défaut, et il n'en a pas averti l'emprunteur. De même, l'emprunteur est privé du droit de rétention de la chose prêtée en compensation de la dette que le prêteur lui devrait³⁴. Mais la règle la plus connue est certainement celle qui encadre les donations d'un formalisme strict : Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité³⁵. La raison d'être en est bien connue : la donation est un acte d'appauvrissement du donateur et celui-ci mérite une protection particulière ; or le formalisme est destiné à s'assurer de sa pleine conscience de la nature de l'acte et de ses conséquences. L'enjeu de la disposition est considérable puisque la sanction de la nullité confère une importance capitale à la qualification d'acte à titre gratuit. Ceci a été l'occasion d'un contentieux non négligeable pour déterminer si telle ou telle opération était valide, selon qu'on l'analyse en un acte à titre gratuit ou onéreux.

Et la question du formalisme se double par celle de l'approche fiscale. Les articles 750 ter et suivants du code général des impôts prévoient une taxation particulière des mutations à titre gratuit, supérieure à celle applicable aux mutations à titre onéreux. Plusieurs justifications peuvent en être fournies, à commencer par la moindre protection que méritent les bénéficiaires de ces mutations dans la mesure où ils ont toujours la satisfaction de recevoir un actif inattendu. Pourtant, par-delà cet argument, il demeure que les mutations à titre gratuit se trouvent défavorisées, dissuadées, et inversement les mutations à titre onéreux préférées. Objectivement donc, les actes à titre onéreux bénéficient donc d'une faveur du système juridique, ce qui s'explique par le fait qu'elles sont jugées plus productives et donc préférables. Des nuances

³² C.civ., art. 1876

³³ C.civ., art. 1891

³⁴ C.civ., art. 1885

³⁵ C.civ., art. 931

devraient être apportées puisque certaines mutations à titre gratuit sont moins lourdement taxées que d'autres, mais ceci n'invalide pas le constat d'ensemble. Il va de soi que cette différence de traitement a elle aussi été source de contentieux pour déterminer le sort fiscal d'actes dont la nature gratuite ou onéreuse peut donner lieu à discussion.

En complément de ces traitements différenciés, il faut encore relever la protection de l'égalité des héritiers qui conduit l'encadrement de la Liberté du gratifiant. En effet, tandis que les actes à titre onéreux substituent une valeur à une autre, l'appauvrissement de l'auteur d'un acte à titre gratuit préjudicie à ses héritiers qui se voit privé du droit qui lui est reconnu, au bénéfice d'un tiers, ou même d'un des héritiers en rompant l'égalité instaurée par le code civil.

Dans toutes ces hypothèses, seul l'acte à titre gratuit fait l'objet d'une réglementation particulière. Certes, les actes à titre onéreux se voient logiquement appliquées des règles différentes, mais celles-ci n'apparaissent qu'en contre-point, comme la marque de leur normalité, leur caractère de droit commun. Ceci se révèle encore par la diversité des diverses catégories d'actes à titre gratuit faisant l'objet de règles spécifiques. De nombreux actes gratuits sont envisagés dans leur singularité, la catégorie d'acte à titre gratuit n'apparaissant ainsi que comme la construction d'un regroupement abstrait. La primauté accordée aux actes à titre onéreux n'apparaît plus ainsi que comme la marque de leur banalité, ne requérant pas de traitement spécifique. Naturellement, les actes à titre onéreux sont aussi divers que les actes à titre gratuit et font l'objet de régimes juridiques variés, mais ceux-ci ne sont pas liés à leur caractère onéreux. Le résultat est bien connu : la catégorie des actes à titre onéreux exerce une attraction implicite sur la qualification de tout acte juridique. Ceci ne fait que renforcer l'attention portée aux actes à titre gratuit, par faveur ou défaveur même temps que cela réduit l'étendue de cette catégorie, tout acte prétendument gratuit subissant le soupçon d'une parcelle d'onérosité cachée.

Pourtant, la réduction de la gratuité comme peau de chagrin est tout à fait contestable et il est parfaitement possible d'inverser le raisonnement et montrer que nombre d'actes onéreux sont porteurs d'une dimension de gratuité. Il suffit pour cela de reprendre l'analyse tirée des travaux de Marcel MAUSS, qui rattache la gratuité à la création, l'entretien ou la recreation de lien entre le gratifiant et le gratifié. Bon nombre d'actes purement marchands comportent, que ce soit par l'octroi de délai, de remise, de conditions favorables, des éléments sont dictés par la création de tels liens. On objectera sans doute que ces gestes sont dictés par l'intérêt de leur auteur, ce qui n'est pas contestable. Il faut toutefois observer, et cela a été fait pour nier l'existence d'une authentique gratuité, que tous les actes à titre gratuit sont porteurs d'un même intérêt : intérêt de favoriser ses enfants ou ses proches, intérêt de contribuer à une œuvre... Et si on reprend l'exemple qui a servi de base aux analyses de MAUSS, nul doute que les participants au potlatch servaient aussi leur intérêt, en s'affirmant dans leur grandeur notamment. Ceci ne les empêchait pas de pratiquer le don. Les gestes commerciaux sont eux aussi empreints d'une incertitude sur la réciprocité, le commerçant comptant sur la prolongation dans la durée de relations commerciales profitables sans que celles-ci ne soient garanties.

Or en procédant à cette inversion, on aboutit au résultat surprenant que, contrairement à nos préjugés, c'est la gratuité qui serait présente partout. Ce n'est pas à dire que le monde cynique et égoïste serait en réalité un monde de pure bienveillance généralisée ; cela signifie seulement que les individus sont pleinement conscients d'agir au sein d'une société dont ils dépendent, d'interagir avec d'autres individus avec lesquels les liens doivent être entretenus. Ce renversement opéré, l'attention est immédiatement portée sur d'autres actes que les actes à titre gratuit, précisément sur ceux qui ne font pas apparaître cette parcelle de gratuité.

B. Le recentrage sur le titre onéreux

Parmi les actes qui sont aujourd'hui classées parmi les actes à titre onéreux, certains produisent des effets négatifs, que ce soit sur l'environnement, sur la société... Il est permis de se demander si ce ne sont pas ces actes-là qui doivent retenir l'attention et appeler un régime juridique particulier. Toute la difficulté est de les identifier et de déterminer quel régime juridique devrait leur être appliqué. Le droit positif n'est pas aujourd'hui indifférent à ces effets néfastes, mais ils sont traités sous l'angle de la responsabilité. Au lieu que tel ou tel type de contrat soit considéré comme problématique, les dommages qui sont susceptibles d'en découler sont traités au cas par cas.

Cette orientation conduit à faire peser la charge de la preuve sur les victimes de ces méfaits : ceux-ci doivent établir, classiquement, le fait générateur, le préjudice, et le lien de causalité. Outre la difficulté spécifique de prouver, ceci entraîne une présomption d'innocuité pour toutes ces opérations.

Le droit positif connaît toutefois des règles qui visent directement le contrat à travers des mécanismes très classiques, tels que l'exigence du respect de l'ordre public ou, à titre plus individuel, les contrats conclus par dol ou violence économique. Il s'agit toutefois là d'une police contractuelle, qui demeure donc attachée à la spécificité de chaque contrat conclu et non à une catégorie de contrats. C'est avec le droit de la consommation que le paradigme a vacillé et que des catégories de contrats sont soumis à des régimes spéciaux destinés à tenir compte de la structure spéciale des relations sur lesquelles le contrat est ancré ou, en surplomb de plusieurs catégories de contrats, des clauses sont spécialement réglementées. Cette catégorie s'inscrit toutefois dans une protection instrumentale des parties faibles à certains contrats, dans le but de moins en moins voilé de rétablir la confiance et contribuer au développement de la consommation et de la croissance. C'est dans un tout autre but qu'il est ici proposé de porter l'attention sur les actes à titre onéreux.

Pour ce faire, une fois qu'on a montré que la gratuité occupe une place beaucoup plus importante que celle qui lui est habituellement réservée, l'identification du titre onéreux entendu dans sa radicalité constitue le négatif de ce gratuit, c'est-à-dire les actes qui ne comportent aucune dimension gratuite et qui même contreviennent à son objectif. Dès lors que la gratuité vise la production d'effets positifs sur le lien social, l'acte qui doit être isolé comme néfaste est celui qui produit des effets négatifs sur le lien social, qui lui porte atteinte. Ce sont des actes que leur auteur, ou l'un d'entre eux, recherche dans son pur intérêt personnel, sans aucun égard pour le lien social. La recherche du pur intérêt personnel est mieux exprimé par l'idée de lucre que par le caractère onéreux. Il s'agira de repérer tous les types de contrats qui produisent cette atteinte au lien social. La tâche est délicate ; elle donnera lieu à des controverses sur le point de savoir si tel type de contrat doit y être intégré ou non, débat qui devra être tranché par sur le terrain politique. De nombreux contrats pourront apparaître comme porteurs de bienfaits parallèles à leur atteinte au lien social, ce qui pourra donner lieu à des régimes juridiques nuancés. Mais une différence importante existe entre la définition sommaire que nous proposons de ce contrat lucratif par rapport au contrat à titre gratuit tel que nous l'avons trouvé chez Mme Rochfeld. En effet, dans sa définition, le contrat à titre onéreux ne se caractérise pas seulement par son effet créateur ou d'entretien du lien social ; il s'y ajoute la recherche de ce but et c'est cette finalité spécifique qui le caractérise. C'est que Mme Rochfeld étudie la cause du contrat, en sorte qu'elle se situe d'emblée du côté de la finalité. La définition que nous proposons du contrat lucratif ne s'inscrit pas dans la même perspective et exiger que l'atteinte au lien social soit la finalité des parties ou de l'une d'entre elles limiterait pour ainsi dire le champ de la catégorie aux actes criminels. Cette restriction ferait perdre à la catégorie son utilité première.

Une fois la catégorie entre aperçue (car elle demeure très évanescence), il convient de lui conférer un régime juridique. or celui-ci doit être empreint de la recherche de protection du lien social et donc défavorable à ces contrats. Le droit dispose de sanctions variées qui permettent une adaptation à la diversité des contrats concernés. La sanction la plus radicale est sans doute la nullité, mais elle ne s'appliquera pas à toutes les situations, sauf à limiter brutalement la liberté des individus alors que des solutions plus fines sont disponibles. Par exemple, en réponse aux faiblesses des ressources de la responsabilité telle qu'elle s'applique aujourd'hui, il est possible de l'aménager pour faciliter la mise en cause de la responsabilité de l'une ou l'autre des parties ; au lieu d'avoir une responsabilité atténuée connue de certains contrats gratuits, il y aurait responsabilité accrue. Cette responsabilité accrue pourrait d'ailleurs être restreinte à certains dommages qu'on considérerait comme plus attentatoires au lien social. De la même manière, la fiscalité pourrait être dissuasive de certains contrats, comme cela est déjà envisagée pour certaines activités extractivistes. Nous avons indiqué que certains contrats pourraient être mélangés de bienfaits et d'atteinte au lien social, en sorte qu'une appréciation au cas par cas s'avérerait nécessaire ; la subordination de l'efficacité de tels contrats à l'obtention d'autorisations administratives pourrait être adapté.

Cette reconstruction de la classification des contrats ne serait pas sans effet sur d'autres concepts du droit des contrats, voire sur les structures dans lesquelles s'insèrent les échanges. Le primat du consentement perdrait de son importance. Ainsi, l'obligation d'information qui lui est attachée devrait être réévaluée. Parallèlement, et dans le but de lutter contre les contrats lucratifs, les messages qui incitent à la multiplication des échanges devraient disparaître. Ceci signifie une interdiction de la publicité.

La classification des actes à titre gratuit et à titre onéreux a pour objet de former les esprits, ce qui induit au final une orientation des solutions. Or le sens de l'évolution est clair : la gratuité ne correspond qu'aux actes d'un total désintéressement, tandis que le moindre soupçon d'intérêt personnel conduit à la qualification d'acte onéreux. Et l'onérosité renvoie au marché, et l'extension de la catégorie des actes à titre onéreux correspond à la fois sur le plan descriptif à une extension du marché et au plan normatif à une marginalisation de ce qui lui échappe. Pourtant, l'histoire a montré que la frontière du gratuit et de l'onéreux n'est ni figée ni étanche. Il nous semble crucial de le mettre en lumière, ce qui constitue la première base pour une rénovation du gratuit et de l'onéreux. Peut-être faudra-t-il abandonner le terme de gratuit, dès lors qu'il ne s'agit pas de fournir à la plupart des contrats un brevet de haute moralité, mais de signaler que la plupart des relations humaines échappent à la recherche du seul profit. Le « donner-recevoir-rendre » de Mauss n'est pas gratuit au sens idéal du terme, mais ce qui compte est qu'il est encore moins onéreux. Ce n'est donc pas tant l'extension de la gratuité qui doit être recherchée, c'est la restriction de l'onérosité. Cette restriction pourrait s'accompagner de la mise en lumière d'un régime juridique moins favorable, empreint de méfiance et de protection renforcée de la partie la plus faible. L'économie sociale et solidaire est totalement partie prenante à ce travail, elle y a déjà largement contribué par des mécanismes qui renouvellent la relation du marchand et du non-marchand et que le droit essaie de saisir, comme les services d'échange local, les monnaies locales complémentaires, l'économie collaborative...