

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

F A C U L T E D E D R O I T

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

ESSAI DE SYSTEMATISATION NOUVELLE

DES CONTRATS DE DROIT PRIVE

Contribution à une théorie générale des contrats

par Bernhard BERGMANS

Doc. 87/8

ESSAI DE SYSTEMATISATION NOUVELLE DES CONTRATS DE DROIT PRIVE

Contribution à une théorie générale des contrats

Bernhard BERGMANS

"Si l'on examine l'ordre contractuel, il est également erroné de croire que les contrats s'établissent dans l'anarchie... La liberté contractuelle est par essence même désireuse d'ordre" (A. LAPEYRE, L'ordre contractuel et les techniques des contrats, J.C.P., 1967, I, 2107, § 2).

"Ce serait, je crois, un travail utile de faire l'histoire des erreurs résultées uniquement d'une classification systématique fausse" (R. VON IHERING, L'Esprit du droit romain, 3ème éd., trad. O. de Meulenaere (Lib. Maresq, Paris, 1887), t. III, p. 24)

INTRODUCTION	n° 1
I. LES PROBLEMES RESULTANT D'UNE APPROCHE NON SYSTEMATIQUE	
A. Le domaine des contrats innomés	7
B. Le domaine des contrats nommés	12
C. Détermination du régime juridique	14
D. Appréciation critique	19
E. Le besoin d'une classification rationnelle	28
II. ESSAIS DE CLASSIFICATIONS FONDEES SUR L'OBJET ET LA CAUSE	32
A. Les conceptions traditionnelles de l'objet et de la cause	32
1. L'objet	33
2. La cause	42
B. L'objet et la cause comme critères de classification	
1. M. Planiol	46
2. J.F. Overstake	51
C. Critiques	
1. Planiol	67
2. Overstake	70
3. Critique générale et esquisse de solution	75
III. ELABORATION D'UNE SYSTEMATISATION NOUVELLE	
A. Introduction	85
B. Le cadre contractuel	90
C. Les éléments	
1. Introduction : objet et élément	94
2. Eléments statiques	98
3. Eléments dynamiques	100
D. Les structures	
1. Introduction : cause et structure	105
2. Structures de premier degré	111
3. Structures de second degré	113
E. Le régime juridique des contrats	
1. Conception de base	124
2. Mise en oeuvre	132
3. Exemples relatifs aux éléments	138
4. Exemples relatifs aux structures	148
CONCLUSIONS	158

INTRODUCTION

1. L'institution du contrat est en mutation. Sa fonction sociale semble aller au-delà du service de la libre volonté des particuliers, les techniques de formation et d'exécution des contrats se sont compliquées et multipliées, de nouveaux contenus contractuels apparaissent et se développent sans cesse, les structures multicontractuelles demandent à être reconnues etc.

On pourrait multiplier les exemples où les règles du Code civil sont lacunaires ou dépassées, laissant à la pratique et à la jurisprudence le soin de lever les incertitudes et de résoudre les problèmes nouveaux. L'intervention sporadique du législateur ne vient généralement que consacrer une situation acquise ou imposer une réglementation impérative, manquant de vue d'ensemble.

2. Face à ce phénomène, la doctrine s'interroge sur la crise du contrat (1), son avenir (2) et son évolution (3), et elle essaye, soit de maintenir la cohérence du système en abordant ces réalités nouvelles par des concepts et structures classiques et en les intégrant tant bien que mal dans la théorie traditionnelle, soit de refonder le concept de contrat sur de nouvelles bases

Les résultats de ces recherches sont généralement parcellaires et restent par ailleurs eux-mêmes tributaires d'une théorie générale des contrats dogmatique, parce que coupée des deux sources effectives du droit des contrats, à savoir la pratique contractuelle et le droit positif le plus significatif (4).

(1) H. BATTIFOL, La crise du contrat et sa portée, Arch. philo. droit vol. 1 (1968), p. 13 et sv.

(2) G. ALPA, L'avenir du contrat : aperçu d'une recherche bibliographique, Rev. int. dr. comp. 1985, p. 7 et sv.

(3) Voy. seulement : L'évolution contemporaine du droit des contrats (Journées R. Savatier 1985) (P.U.F., Paris 1987) ; Ph. LE TOURNEAU, Quelques aspects de l'évolution des contrats, Mélanges offerts à P. Raynaud (Dalloz-Sirey, Paris 1985), p. 349 et sv., avec d'autres références ; L.SIMONT, Observations sur l'évolution du droit des contrats, Journal des Tribunaux 1982, p.285 et sv.

(4) J.G. BELLAY, La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme Cah. de Dr. vol.26(1985), p.1045 et sv.

3. Comme remède à ce mal, on a proposé ceci : "changer la diète pour enrichir cet aliment premier de l'activité doctrinale, la logique. Renoncer au vieux sirop scolastique en faveur d'une logique plus dialectique ainsi que nous le suggère le mouvement de l'étude critique du droit, ajouter à notre mode de raisonnement trop souvent dichotomique et binaire une analyse typologique plus raffinée, réarticuler nos concepts comme états successifs d'une variable continue plutôt que de les traiter systématiquement comme variables discontinues, tels sont parmi d'autres les ingrédients susceptibles de revigorer notre capacité d'aborder les problèmes anciens et nouveaux que pose l'évolution des contrats" (5).
4. L'on tentera dans la suite de tester ce médicament en abordant le problème fondamental du régime juridique des contrats. Partant d'un exposé des questions à résoudre, on analysera ensuite de manière critique les réponses apportées par l'approche classificatrice traditionnelle, avant de proposer une systématisation nouvelle plus adaptée à la réalité et plus nuancée en ce qui concerne le régime juridique des contrats, même innomés.
5. Cette systématisation peut contribuer à une théorie générale des contrats spéciaux, dont l'élaboration a été réclamée "de toute urgence" (6), celle-ci pouvant former à son tour la matière première pour une "théorie générale du contrat, ensemble de règles et de principes ayant vocation à régir toute convention" (7).

(5) BELLAY, loc. cit., p. 1055.

(6) BELLAY, loc. cit. ; Ph. JESTAZ, L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945, in : L'évolution contemporaine ..., op. cit., p. 117 et sv. (135).

(7) M. CABRILLAC, Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, Mélanges dédiés à G. Marty (Univ. de Toulouse 1978), p. 235 et sv. (237, 248).

I. LES PROBLEMES RESULTANT D'UNE APPROCHE NON SYSTEMATIQUE

6. Dans ce premier chapitre sont présentées les sources et les formes essentielles des problèmes rencontrés lors de l'établissement du régime juridique de contrats ne correspondant pas parfaitement à une qualification légale préétablie, telles quelles sont perçues par la théorie classique.

A. Le domaine des contrats innomés (8)

1. Importance

7. En vertu de l'article 1134 du Code civil, les parties sont souveraines (sous réserve du respect de l'ordre public et des bonnes moeurs : article 6 du Code civil) de déterminer librement le contenu des conventions qu'elles estiment opportunes de conclure. Un contrat est valable, dès que les conditions de validité sont remplies, même s'il ne correspond pas à un des contrats prévus dans le Code civil, le Code commercial ou une loi particulière (appelés contrats nommés ; il constitue alors ce qu'on appelle un contrat innomé) (art. 1107 C. Civ.) (9).

(8) Les deux orthographes "innommé" et "innomé" sont utilisées : la doctrine plus récente a consacré l'usage de la seconde forme (préconisée par l'Académie), alors que les auteurs anciens utilisaient la première (qui garde la faveur des dictionnaires : voy. E. LITTRE, Dictionnaire de la langue française t. 4 (1962), p. 1008 ; P. ROBERT, Dictionnaire alphabétique de la langue française t. 3 (1972), p. 749).

(9) La qualification "nommé-innomé" est trompeuse : c'est l'existence d'une réglementation légale et non celle d'une dénomination propre (qui peut exister en dehors d'un cadre légal : voy. ci-après) qui est décisive. La confusion provient des interprètes du droit romain qui distinguaient les contrats "nommés" (correspondants à un cadre légal formel et ayant reçu un "nomen", et sanctionnés par une action en exécution spécifique) et les contrats "innomés" (qui apparurent plus tard et englobaient les contrats non reconnus sous l'ancien droit, mais sanctionnés s'ils répondaient à certaines conditions et ayant parfois reçu un nom spécifique, ainsi que les pactes démunis d'action) ; voy. par ex. G. BAUDRY-LACANTINIERE, L. BARDE, Traité théorique et pratique de droit civil (3ème éd.), t. I, (Paris, 1906), p. 20, note (1) ; F. TERRE, L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications (L.G.D.J., Paris, 1957), p. 448-49 ; P. OURLIAC, J. DE MALAFOSSE, Histoire de droit privé t. 1 (2ème éd.) (P.U.F., Paris, 1909), p. 26 et sv. Remarquons d'ailleurs que les auteurs ne s'intéressent guère à cette distinction. Seul DE PAGE y consacre de plus longs développements.

8. Les contrats nommés sont régis par des dispositions légales expresses qui sont cependant, à l'exception de quelques dispositions essentielles, de nature supplétive : il s'agit des contrats les plus fréquents, les plus usuels, la loi venant au secours des parties en suppléant les éléments qu'elles n'auraient pas ou mal prévus. Pour ce faire, elle s'inspire des usages et pratiques des affaires, de la volonté implicite normalement présumée des parties et des données économiques pour en déduire ce qu'un contrat dans son principe devrait comporter comme conséquences normales et habituelles, parfois en dérogeant aux règles générales des obligations, parfois en les complétant ou en les spécifiant dans certaines hypothèses (10).
9. Tous les autres contrats sont innomés et, vu le principe d'autonomie de la volonté, leur variété est théoriquement beaucoup plus grande que celle des contrats nommés, de sorte qu'en réalité, c'est le contrat innomé qui est la règle, et non le contrat nommé (11).

2. Typologie

10. Les contrats innomés peuvent théoriquement provenir de trois sources (12) :
- a) d'une décomposition de la qualification initiale, quand un emprunt partiel est fait aux éléments qui servent de base à une qualification préexistante (par exemple le contrat de manutention ou d'acconage par rapport au contrat de transport) (13) ;
 - b) d'un alliage d'éléments empruntés à différentes catégories préexistantes, d'une présentation nouvelle d'éléments déjà englobés dans des cadres existants. Mais il existe différents degrés d'alliage, allant de la simple juxtaposition, superposition ou succession de plusieurs contrats nommés au mélange et enfin à la fusion. On ne sera en présence d'un contrat innomé qu'en cas d'unicité du contrat et que si le contrat nouveau présente un élément nouveau, résultant de l'unité de l'ensemble, c'est-à-dire si le contrat présente une autonomie, une physionomie rigoureusement propre, irréductible.

(10) H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge (3ème éd.), (Bruylant, Bruxelles 1972), t. IV, pp. 11-12.

(11) DE PAGE, op. cit., p. 10.

(12) TERRE, op. cit., pp. 456-57, 481 et sv. ; cfr. DE PAGE, op. cit., p. 15 et sv.

(13) Voy. par exemple J. NERET, Le sous-contrat (L.G.D.J., Paris 1979), pp. 125-126, 152.

Il faudra donc éliminer les successions et composés ou complexes de contrats nommés (14) de même que les cas où l'un des emprunts colore l'ensemble du contrat et permet de lui donner une nature juridique unique nommée. Seuls les contrats vraiment mixtes ou complexes seront innomés (15), en empruntant soit tous les éléments à différents contrats nommés, soit certains (par exemple le contrat d'exposition, le contrat d'hôtellerie) ;

- c) de la création d'un type effectivement nouveau ne correspondant en rien à des cadres préexistants : ce sera un contrat véritablement sui generis (par exemple le contrat d'édition, le contrat de compte courant).

11. Ces différentes hypothèses idéales peuvent encore être combinées entre elles et se présenteront d'ailleurs rarement à l'état pur.

B. Le domaine des contrats nommés

12. A l'intérieur du domaine des contrats nommés, le rattachement d'un contrat donné à un type nommé déterminé ne se fait pas toujours sans problèmes, parce que les contrats nommés ne forment pas un régime de contrats-types rigoureusement systématisés, mais ont des champs d'application qui sont souvent difficiles à délimiter clairement (par exemple le contrat de vente et le contrat d'entreprise dans lequel l'entrepreneur fournit la matière), d'autant plus que le législateur lui-même crée des formes intermédiaires entre les types nommés classiques (16).
13. Le choix d'une qualification nommée simple devient aussi difficile en cas d'ensembles contractuels multilatéraux ou de structures contractuelles pluripartites (par ex. les contrats "clé-en-main", le contrat de sous-traitance, etc.) : il

(14) Voy. B. TEYSSIE, Les groupes de contrats (L.G.D.J., Paris 1975), p. 11 et sv.

(15) Voy. aussi M. PLANIOL, G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français (2ème éd.) (L.G.D.J., Paris, 1952), t. 6 par P. ESMEIN, n° 43 ; R. DEMOGUE, Traité des obligations en général (Lib. A. Rousseau, Paris 1923), t. II, pp. 909-10.

(16) Voy. JESTAZ, loc. cit., qui parle d'"hybrides" (par exemple la location-vente, le contrat de promotion immobilière) et de "monstres" (par exemple la vente sans transfert de propriété) (p. 121).

s'agit de déterminer d'une part si on est en présence d'un contrat complexe unique ou d'un complexe de plusieurs contrats, et d'autre part si dans ce dernier cas, le régime juridique des contrats ne devrait pas être aménagé pour tenir compte de leur insertion dans un ensemble plus vaste (dans le premier cas, on rentre dans le domaine des contrats innomés).

C. Détermination du régime juridique

14. Il importe d'abord de ne pas réduire systématiquement tout contrat à un des contrats nommés, comme le font souvent implicitement ou même explicitement (17) doctrine et jurisprudence. Il n'existe pas de typologie limitative de cadres légaux obligatoires (18) à laquelle tout contrat devrait obligatoirement se ramener pour être valable, et l'autonomie des contrats innomés doit dès lors être respectée, à condition bien sûr qu'elle existe effectivement (19) ; en effet, un contrat n'est pas déjà innomé, parce qu'à première vue il ne correspond pas à un contrat nommé pur, car certaines divergences mineures par rapport au type idéal prévu dans un code ou une loi sont possibles, sans pouvoir parler d'une dénaturation.

(17) M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil (5ème éd. ; (L.G.D.J. Paris 1908), t. I, n° 1352bis note (1) : "Il n'y a donc pas en droit français, de contrats innomés, et il ne peut pas y en avoir". Cette affirmation repose cependant sur sa conception particulière de classification des contrats, à laquelle on reviendra dans la suite, et semble comprendre le concept de contrat innomé dans le sens du droit romain, rejeté par Planiol : cfr. TERRE, op. cit., p. 470.

(18) La multiplication des règles légales impératives a cependant pour effet de brider la liberté de créer des contrats innomés, et de réintroduire des cadres et catégories avec une valeur comparable à celle qu'elles avaient perdue par suite de la reconnaissance du principe d'autonomie de la volonté (par exemple en matière de bail) : TERRE, op. cit., p. 475 et sv. ; G. MARTY, P. RAYNAUD, Droit civil. T. II, vol. 1 : Les obligations (Sirey, Paris 1962), p. 44.

(19) H. DE PAGE, op. cit., pp. 12-13 ; TERRE, op. cit., pp. 450-51 ; F. GENY, Science et technique en droit privé positif (Sirey, Paris 1981), t. III, p. 135, 145-46.

15. Le problème du régime juridique des contrats innomés ne se posera donc que si un juge est amené à interpréter ou à compléter un contrat vraiment innomé imprécis ou lacunaire. Il s'inspirera alors des règles générales d'interprétation des contrats (art. 1156 et sv. du Code civil) (20), des usages (art. 1135, 1159-60 du Code civil) (21), de la matière du contrat (art. 1158 du Code civil), et si possible par analogie des règles supplétives du contrat nommé techniquement ou économiquement le plus voisin (22); et en général, il tiendra compte de l'équité et de la bonne foi (art. 1134, al. 3, 1135 du Code civil).
16. Par la pratique des affaires et des usages qui se forment (23), ainsi que par la jurisprudence, certains contrats deviennent standardisés et reçoivent des dénominations (souvent aussi avant une quelconque standardisation), devenant ainsi des contrats "quasi-nommés" (24). Finalement, certains sont réglés légalement, le plus souvent quand il s'agit de protéger des parties ou de sauvegarder l'intérêt général par des règles impératives.

(20) Voy. E. CAUSIN, L'interprétation des contrats en droit belge, in : L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire (FUSL, Bruxelles 1978), p. 281 et sv. ; Y. HANNEQUART, La portée du contrat, in : Les Nouvelles. Droit civil, t. IV/2. Théorie générale des obligations (Larcier, Bruxelles 1958), n° 242 - 760.

(21) Voy. F. LECLERCQ, Usages civils et commerciaux, J.T. 1973, p. 157 et sv.

(22) DE PAGE, op. cit., p. 21 ; VANDEPUTTE, op. cit., p. 21-22 ; TERRE, op. cit., p. 455-56, 490-91 ; GENY, op. cit., p. 137, 143 ; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, op. cit., p. 45 ; H.L.J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, (Ed. Montchrestien, Paris 1978), t. II, vol. 1, 6ème éd. par F. CHABAS, p. 90, 316.

(23) Voy. H. VAN HOUTTE, Het gebruik ontstaan uit contract of verdrag, R.W. 1985-86, col. 2169 et sv. (2171, 2178) ; HANNEQUART, op. cit., n° 167 et sv.

(24) Au sens strict, un contrat est innomé, quand il n'est pas normé légalement. TERRE (op. cit., p. 455, 481, 491 etc.) parle plus généralement de "qualifications existantes, catégories préétablies" et admet que le régime juridique puisse être déterminé par la jurisprudence, le rendant ainsi nommé. En ce sens également, R. SAVATIER, La théorie des obligations - vision juridique et économique (Dalloz, Paris 1967), p. 182.

17. Cette méthode d'établissement du régime juridique d'un contrat ne sera cependant utilisée que si un contrat est vraiment sui generis. En cas de contrat mixte ou complexe, on aura généralement recours aux règles suppléatives des contrats nommés dont le contrat en question présente des éléments, soit en appliquant celles-ci cumulativement, si les éléments sont d'importance égale, soit en choisissant le régime nommé prédominant, qui absorbe les autres (25).
18. Pour résoudre le problème de l'unicité ou de la pluralité contractuelle, on part de l'examen d'une possibilité d'application simultanée ou successive des règles des contrats nommés, de la recherche de la volonté commune des parties ou d'autres indices permettant de trouver une réponse (26). En cas de pluralité, des règles particulières sont souvent dégagées pour tenir compte de la cohérence de l'ensemble et redonner une certaine unité à la structure pluricontractuelle (27).

D. Appréciation critique

19. L'approche, telle que décrite, de la détermination du régime juridique des contrats ne correspondant pas parfaitement à un type nommé se révèle insuffisante. Partant d'une analyse typologique imparfaite et peu approfondie, l'établissement du régime juridique se fait sur base de règles incertaines, peu nuancées et guère utiles.
20. Ceci peut être montré en prenant comme point de départ les contrats innomés qui, comme toute institution innommée, présentent trois caractères fondamentaux (28) :

(25) Voy. par exemple, L. DE KEYSER, *Onbenoemde overeenkomsten en roerende leasing*, in : J. HERBOTS (éd.), *Bijzondere overeenkomsten* (Kluwer, Antwerpen 1980), p. 439 et sv. (443). Voy. également les notes (30 et (174).

(26) Voy. TEYSSIE, *op. cit.*, p. 11 et sv.

(27) Voy. TEYSSIE, *op. cit.* ; J. NERET, *Le sous-contrat* (L.G.D.J., Paris 1979), et par exemple la consécration des chaînes de contrats par le Cour de Cassation française : Cass. (ass. plén.) 7 février 1986, *D.*, 1986, p. 293, note A. BENABENT (remise en cause par la 3ème chambre; 7 mai 1986, *D.*, 1987, p. 257, note A. BENABENT).

(28) TERRE, *op. cit.*, pp. 453-455.

- a) un caractère subsidiaire : un contrat ne sera qualifié d'innomé que s'il est vraiment impossible de le faire rentrer dans une catégorie (contrat nommé) préexistante ;
- b) un caractère relatif : l'innomé ne se détermine que par rapport au nommé. L'importance de l'innomé est donc minime lorsque les catégories nommées sont nombreuses et diversifiées. Inversement, si les types définis sont en nombre restreint, les nécessités de fait feront surgir des cadres innomés ;
- c) un caractère souvent transitoire : une fois précisé le régime juridique du contrat innomé, il se transforme en contrat nommé (29).

21. Le groupe des contrats innomés doit dès lors son existence à celui des contrats nommés. Mais cette distinction n'est d'aucun secours en notre matière et ne fait au fond qu'attirer l'attention sur les lacunes et faiblesses de la démarche traditionnelle.
22. D'abord, les deux groupes ne constituent pas des catégories bien distinctes, mais s'enchevêtrent profondément : chaque contrat concret peut diverger de différents degrés par rapport au type nommé idéal à cause de l'autonomie de la volonté des parties (on glisse du nommé vers l'innomé et inversement), et certains "types" de contrats sont partiellement standardisés et dès lors à mi-chemin entre le nommé et l'innomé. Comment alors déterminer clairement si un contrat donné peut encore, ou déjà, obtenir la qualification d'un contrat nommé, ou par contre être disqualifié comme innomé dès qu'il présente des divergences relativement importantes par rapport à un type nommé ?
23. Si ce problème peut déjà se présenter pour un contrat "simple", il se pose avec beaucoup plus d'acuité pour les contenus contractuels complexes, et de manière analogue pour les complexes de contrats : les concepts d'unité et de pluralité contractuelle supposent en effet que l'on soit sûr d'être en présence de contrats nommés ; que faire cependant si des éléments de différents contrats nommés sont combinés avec des éléments non classifiables ou "innomés" ? Et si ces derniers sont prépondérants, la question de l'unité ou de la multiplicité a-t-elle encore une raison d'être ?

(29) Voy. la note (24) ci-avant.

24. Les concepts utilisés, qui essaient tant bien que mal de spécifier la complexité par rapport aux contrats nommés, simplifient d'ailleurs encore les difficultés en confondant l'objet du contrat et l'objet des obligations (voy. infra) : car aux différents alliages et mélanges mentionnés, il faut encore ajouter les combinaisons résultant du fait que chaque partie peut être obligée à fournir des prestations mixtes, de sorte qu'on est en présence d'un contrat doublement complexe.
25. Même à supposer qu'on se situe dans le domaine nommé, les solutions s'établissent souvent au "cas par cas", puisqu'il n'existe pas de critères sûrs pour choisir entre plusieurs qualifications possibles ou pour combiner les règles de différents contrats nommés.
26. Enfin, quel régime juridique le juge va-t-il appliquer à un contrat innomé si vraiment il a dû, ou osé, le faire rentrer dans cette catégorie résiduaire ? Il lui est conseillé de raisonner par analogie, mais comment déterminer si deux (ou plusieurs) contrats sont techniquement ou économiquement voisins ?
27. Placé devant le choix entre le régime nommé, même inadéquat, et l'innomé inexistant, le juge aura normalement tendance à rattacher le contrat à un type nommé pour justifier sa solution, même si objectivement ce n'est pas fondé. Ce rattachement est d'ailleurs souvent purement formel : en réalité, le juge crée du droit, mais il prête aux intentions présumées des parties ce qui est son oeuvre. Le renvoi à la volonté des parties et la qualification du contrat n'est alors qu'une façade (30), le choix de la qualifi-

(30) A. WEILL, F. TERRE, Droit civil. Les obligations, (2ème éd.), (Dalloz, Paris, 1975), p. 394 ; VAN HOUTTE, loc. cit., col. 2186 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Droit civil. Les obligations (Cujas, Paris, 1985), p. 288, n° 240-41 : les juges dénaturent le contrat sous prétexte d'équité ; il y a "forçage" du contrat pour déterminer les obligations implicites découlant de la nature du contrat. Inversement, il arrive qu'un contrat soit hâtivement considéré comme sui generis pour éviter le travail de qualification.

cation étant d'ailleurs influencée par les règles applicables, alors que théoriquement, la détermination du régime juridique applicable découle de la qualification préalable (31).

E. Le besoin d'une classification rationnelle

28. "La technique juridique exige des distinctions, elle ne répugne même pas à distinguer à l'intérieur d'une catégorie qu'elle n'a pas analysée mais dont elle sent, plus qu'elle n'explique, la raison d'être" (32).
29. Cette constatation vaut également en notre matière : quand le juge est amené à qualifier un contrat pour déterminer son régime juridique supplétif, il doit faire des distinctions entre, et à l'intérieur de, catégories de contrats mal définies, qui ne permettent pas toujours de trouver une réponse claire et certaine.

Cette qualification devenant même obligatoire en cas de dispositions impératives ou d'ordre public pour vérifier si elles sont applicables et si, le cas échéant, elles ont été respectées, son besoin d'une classification valable sera donc d'autant plus grand puisqu'il doit disposer de critères sûrs pour déjouer les tentatives d'éluder fictivement la volonté du législateur (33).

(31) TERRE, op. cit., p. 484, 490 ; cfr. J.F. OVERSTAKE, Essai de classification des contrats spéciaux (L.G.D.J., Paris 1969), p. 12 : dans ces cas, "on a recours à la fiction : les conventions nouvelles deviennent fictivement des contrats nommés en attendant de le devenir réellement quand la loi ou la jurisprudence en feront des contrats sui generis. Il ne s'agit là que d'un artifice qui fait ressortir l'étroitesse et l'insuffisance des catégories contractuelles existantes car souvent l'effort d'assimilation démontre le caractère original de la convention nouvelle".

(32) J. HAUSER, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (L.G.D.J., Paris, 1971), p. 24.

(33) Cfr. GENY, op. cit., t. I, p. 139 qui affirme "l'intérêt permanent d'une catégorisation" consciemment établie pour maintenir, en face d'une justice aux bras largement ouverts, la fermeté et la précision des institutions juridiques".

30. La nécessité d'une classification peut donc être déduite de l'exigence de la qualification des contrats ; or, toute qualification suppose l'existence de règles légales et ne mène donc à aucun résultat pour les contrats innomés. L'existence d'un régime légal (supplétif) ne peut dès lors servir de critère puisque la classification doit pouvoir couvrir l'ensemble des contrats, nommés et innomés.
31. Si l'on veut résoudre les différents problèmes que posent les contrats innomés (voy. supra), il faut donc adopter une classification qui
- puisse couvrir la totalité de la réalité,
 - permette d'apercevoir le voisinage (similitudes et différences) entre les contrats nommés : et innomés (34),
 - permette de résoudre le problème du régime juridique des contrats complexes et autres combinaisons de contrats,
 - facilite l'élaboration de règles générales applicables à tout contrat d'un type donné, qu'il soit nommé ou innomé (ce qui éviterait de le rattacher fictivement à un contrat nommé) .

L'utilité de la classification sera alors évidente "lorsqu'elle permet de regrouper de façon rationnelle tous les contrats spéciaux existants et tous les rapports contractuels nouveaux susceptibles de se former en leur conférant une réglementation de base suffisante, quand ils sont dépourvus de toute réglementation" (35).

(34) Il ne faut pas mettre simplement un ordre artificiel dans les concepts juridiques, mais, en relevant les ressemblances et les différences, permettre au droit positif un emploi sûr de l'analogie ; GENY, op. cit., t. Ier, p. 154.

(35) OVERSTAKE, op. cit., p. 15.

II. ESSAIS DE CLASSIFICATIONS FONDÉES SUR L'OBJET ET LA CAUSE

32. Si le besoin d'une classification rationnelle a été maintes fois souligné, il n'y a eu que peu de tentatives pour y pourvoir, celles-ci illustrant cependant bien l'approche classificatrice traditionnelle. Etant donné qu'elles sont basées sur les notions d'objet et de cause, on présentera brièvement les analyses existantes de ces deux concepts, ce qui permettra également de mieux comprendre la systématisation nouvelle, résultant de la critique de l'approche exposée dans le présent chapitre.

A. Les conceptions traditionnelles de l'objet et de la cause

1. L'objet

33. Selon certains auteurs (36), le contrat n'a pas à proprement parler d'objet. Il engendre des obligations qui ont un objet, c'est-à-dire donner, faire ou ne pas faire. On dit "objet du contrat" par ellipse, ce qui explique pourquoi le Code civil parle tantôt de l'objet du contrat, tantôt de l'objet de l'obligation. En réalité, ces textes visent l'objet de l'obligation, et la notion d'objet du contrat ne présente pas d'intérêt, sinon purement théorique.
34. D'autres (37) affirment la nécessité de distinguer l'objet du contrat, à savoir l'opération juridique que les parties cherchent à réaliser, et l'objet des obligations, à savoir, les prestations promises : en effet, l'objet de l'obligation pourrait être licite et l'objet du contrat illicite (par exemple un pacte sur succession future), ou inversement (par exemple la vente d'un animal contagieux).

(36) Par exemple, CARBONNIER, op. cit., p. 84 ; MARTY, RAYNAUD, op. cit., n° 164 ; J. FLOUR, J.L. AUBERT, Droit civil. Les obligations. Vol. 1 : L'acte juridique (A. Collin, Paris 1975), p. 170 ; E. GAUDEMET, Théorie générale des obligations (réimpression de l'éd. 1937) (Sirey, Paris 1965), p. 89 ; C. RENARD, E. VIEUJEAN, Y. HANNEQUART, Théorie générale des obligations, Les Nouvelles, t. IV/1 (Larcier, Bruxelles 1957), n° 991.

(37) MAZEAUD, CHABAS, op. cit., n° 231, 244, 252 ; WEILL, TERRE, op. cit., n° 224, 240.

Mais, ce faisant, ces auteurs ne distinguent plus l'objet du contrat du contrat lui-même (38), ce qui rend cette notion à nouveau inutile et renvoie à l'objet des obligations.

35. Ce dernier semble plus facilement déterminable : l'objet de l'obligation est la prestation promise par le débiteur (39), qui consiste à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose (art. 1126 Code civil), les deux premiers étant des obligations positives, la dernière une obligation négative (40).

Dans l'obligation de donner, la prestation consiste soit dans le transfert d'un droit réel, personnel ou intellectuel au créancier (41), soit aussi dans la création d'un droit réel sur une chose (42), cette chose dont

(38) OVERSTAKE, op. cit., p. 25, 28, suivi par J. GHESTIN, Traité de droit civil. T. 2. Les obligations (L.G.D.J., Paris 1980), n° 512 : "comment parler d'obligations valides à propos d'une opération juridique qu'on ne peut conclure ?" Abstraitement, tout contrat et toute obligation est évidemment licite ; le caractère illicite découle seulement des circonstances concrètes (la chose à laquelle se rapporte l'opération, le résultat qu'elle vise à réaliser) et on ne peut séparer artificiellement les deux niveaux. Par ailleurs, déterminer l'objet du contrat comme étant une opération juridique n'a de sens que pour les obligations de donner, mais n'est pas correct pour les prestations de services (faire ou ne pas faire) : c'est le contrat lui-même qui constitue l'opération juridique (voy. infra).

(39) MAZEAUD, CHABAS, op. cit., n° 232 ; WEILL, TERRE, op. cit., n° 225 ; GHESTIN, op. cit., n° 510 : dans l'art. 1126, il faudrait lire "obligation" à la place de "contrat" et "prestation" à la place de "chose".

(40) Cfr. MAZEAUD, CHABAS, op. cit., n° 19 qui qualifient ces deux classifications de peu d'intérêt.

(41) MAZEAUD, CHABAS, op. cit., n° 234 ; WEILL, TERRE, op. cit., n° 22 -227.

(42) WEILL, TERRE, op. cit., n° 226.

parle l'art. 1126 pouvant être corporelle ou incorporelle (de droit) (43). Cette chose (objet de l'obligation) doit exister, être dans le commerce, être déterminée ou déterminable et la personne qui transfère le droit réel doit en être le titulaire (44).

Dans les obligations de faire ou de ne pas faire, l'objet consiste dans une prestation de services, un acte ou une abstention du débiteur (45), qui doit être possible, licite, personnel au débiteur et présenter un intérêt au créancier (46).

36. Pour être tout à fait précis, il faut distinguer un troisième objet, celui de la prestation, c'est-à-dire la chose corporelle ou incorporelle qui fait l'objet de l'obligation de donner (47), ou l'activité matérielle, le service promis (48).
37. Si la notion d'objet du contrat renvoie à celle d'objet des obligations nées du contrat, le contrat n'a pas nécessairement un seul objet, mais parfois plusieurs (dans les contrats synallagmatiques, ce sont au moins deux) (49).

(43) Selon MAZEAUD, CHABAS, op. cit., n° 234, "donner une chose" (art. 1126) est inexact : d'abord, c'est le droit et non la chose qui est transféré ; puis, les droits personnels et intellectuels ne portent pas sur des choses. Selon une conception extensive, basée sur l'art. 1127, il y aurait obligation de donner chaque fois que le débiteur s'engage à remettre une chose matérielle : ainsi le bailleur tenu de délivrer la chose louée, le locataire tenu de la rendre à la fin du bail seraient liés par une obligation de donner, bien qu'il n'y ait ni création ni transfert de droit réel. "Donner" ne serait plus synonyme de dare mais de praestare : voy. DE PAGE, op. cit., t. I, n° 440, note (3).

(44) MAZEAUD, CHABAS, op. cit., n° 235-38 ; WEILL, TERRE, op. cit., n° 227 et sv.

(45) MAZEAUD, CHABAS, op. cit., n° 239.

(46) MAZEAUD, CHABAS, op. cit., n° 240-43 ; WEILL, TERRE, op. cit., n° 234 et sv.

(47) GHESTIN, op. cit., n° 511 ; OVERSTAKE, op. cit., p. 28 ; WEILL, TERRE, op. cit., n° 224, note (2).

(48) FARJAT, op. cit., p. 190.

(49) FLOUR, AUBERT, op. cit., t. 1, n° 232 ; GAUDEMET, op. cit., p. 89 ; MALAURIE, AYNES, op. cit., p. 224, n° 312 ; RENARD, VIEUJEAN, HANNEQUART, op. cit., n° 992.

38. Partant de la constatation que certaines prestations sont plus importantes que d'autres, on a cru pouvoir en déterminer une qui constitue l'obligation principale ou essentielle et qui définirait l'objet du contrat : "l'objet du contrat désigne la prestation à propos de laquelle l'accord des volontés intervient et autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat. Quand le contrat est conclu, elle devient l'objet d'une obligation : c'est donc toujours bien de l'objet d'une obligation qu'il s'agit ; mais cette prestation est l'élément en l'absence duquel les parties n'auraient pas songé à former le contrat ; c'est à elle que se rapportent les autres obligations que le contrat peut créer, elle absorbe en quelque sorte l'utilité économique du contrat. On est fondé à dire en ce sens qu'elle est l'objet du contrat" (50).

39. Les discussions concernant l'objet du contrat semblent être liées à la conception même de la notion de contrat en rapport avec celle de convention.

40. Pour ceux qui y voient une différence, sur base de l'article 1101 du Code civil, la convention est le terme générique et le contrat le terme spécifique, soit que le contrat est cette variété de convention qui crée des obligations (51), soit qu'il peut aussi transmettre un droit (52), ou plus clairement : le contrat est un accord de volonté en vue de créer des obligations ou de transférer des droits patrimoniaux (réels, personnels ou intellectuels ou de propriété incorporelle) d'une personne à une autre (53). Corrélativement, la convention couvrirait ceci et pourrait en outre, notamment, modifier des obligations préexistantes ou les éteindre (54).

(50) G. RIPERT, J. BOULANGER, Traité élémentaire de droit civil, t. II (L.G.D.J., Paris 1957), n° 241, suivi par GHESTIN, op. cit., n° 513. La prestation caractéristique est également utilisée en droit international privé comme critère de rattachement pour la détermination de la loi applicable à un contrat international. Cette théorie a été élaborée dans la doctrine suisse : A. SCHNITZER, Handbuch des internationalen Privatrechts (4. Aufl.) (Verl. Recht und Gesellschaft, Basel 1958), t. II, p. 639 et sv. ; F. VISCHER, Internationales Vertragsrecht (Stämpfli, Bern 1962), p. 108 et sv. Elle a été consacrée par l'art. 4 § 2 de la Convention de Rome du 19 novembre 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

(51) Par ex. FARJAT, op. cit., p. 190-91 ; GHESTIN, op. cit., n° 5 (sui ne s' rallie cependant pas).

(52) RENARD, VIEUJEAN, HANNEQUART, op. cit., n° 70.

(53) STARCK, op. cit., n° 1008.

(54) STARCK, op. cit., n° 1009.

De manière implicite ou inconsciente, le mot "contrat" semble être utilisé quand il s'agit d'un accord de volonté qui porte un nom, tandis que l'on emploie plutôt le mot "convention" pour les opérations complexes, qui n'entrent pas dans une catégorie déterminée (55).

41. Cependant, les rédacteurs du Code civil paraissent avoir utilisé indifféremment les deux termes et il n'y aurait pas d'intérêt pratique à les distinguer puisque les mêmes règles s'appliquent à tout acte de volonté, contrat ou convention (au sens précisé ci-avant). Selon d'autres auteurs, on peut donc définir les deux comme des accords de volontés, entre deux ou plusieurs personnes, en vue de produire des effets de droit (56), c'est-à-dire la création, la modification, le transfert ou l'extinction d'obligations, et la création ou le transfert d'un droit réel (57). De façon plus générale, la convention peut créer, modifier, transférer ou éteindre tous les droits patrimoniaux, y compris les droits intellectuels. Elle peut également porter sur des droits extrapatrimoniaux sans cependant pouvoir les céder, et enfin elle peut faire naître une personne morale (58).

2. La cause

42. Il ne peut être question de présenter toutes les controverses auxquelles la notion de cause a donné naissance, mais on essayera seulement d'apporter les clarifications nécessaires dans le cadre de cette étude.

En dépit des divergences terminologiques et des nombreuses nuances des différents auteurs, il semble que tous admettent que les articles 1131-1133 utilisent la notion dans un double sens (59) :

(55) RIPERT, BOULANGER, op. cit., n° 35.

(56) Par ex. GHESTIN, op. cit., n° 5 et les références citées ; RENARD, VIEUJEAN, HANNEQUART, op. cit., n° 23, 70.

(57) WEILL, TERRE, op. cit., n° 240.

(58) GHESTIN, op. cit., n° 6.

(59) DE PAGE, op. cit., t. II, n° 475 ; RENARD, VIEUJEAN, HANNEQUART, op. cit., n° 1073 ; MARTY, RAYNAUD, op. cit., n° 183 ; MAZEAUD, CHABAS, op. cit., n° 244, 252.

a) La cause dynamique et externe : cause extrinsèque, cause du contrat entier, cause subjective, mobile des parties, but (cause finale) ou origine (cause efficiente), la raison pour laquelle les parties concluent le contrat dans son ensemble, le résultat qu'elles poursuivent en faisant la convention, motif individuel et concret, etc. Il s'agit de la cause en tant qu'élément de validité à apprécier au moment de la conclusion du contrat, et qui peut être illicite si elle est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Elle remplit ainsi une fonction de protection de l'ordre social (60) mais aussi de la volonté individuelle et de la prééminence de la volonté réelle par un contrôle du consentement lié aux buts et mobiles (61).

b) La cause statique et interne : cause intrinsèque, raison d'être ou contrepartie d'une obligation, cause de l'obligation, cause objective découlant de l'économie du contrat, raison abstraite, raison pour laquelle le contractant assume son obligation, cause qui, selon la conception classique, était identique dans tous les contrats de même espèce parce qu'il existe un but-type par catégorie de contrats (62), etc. C'est dans ce sens qu'on pourrait parler de fausse cause ou d'absence de cause, qui intervient lors de l'exécution du contrat.

44. C'est sur base de cette dernière acception que le concept de cause est utilisé pour qualifier et cataloguer les contrats : "une qualification-type implique une cause-type" (63) et cette cause catégorique, qui est spécifique par type de contrat, sert à déterminer la catégorie juridique à laquelle appartient le contrat (64) et entraîne éventuellement sa dénaturation.

(60) J. MAURY, v° Cause, in : Encyclopédie Dalloz- Droit civil (2ème éd.), n° 259.

(61) P. VAN OMESLAGHE, Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et la doctrine modernes, R.C.J.B. 1970, p. 328 et sv. (365).

(62.) Conception critiquée pour étant fausse et inutile : cfr. MARTY, RAYNAUD, op. cit., n° 174 ; DE PAGE, op. cit., n° 476 ; MAZEAUD, CHABAS, op. cit., n° 264.

(63) TERRE, op. cit., p. 258.

(64) MARTY, RAYNAUD, op. cit., n° 184, 192 ; MAURY, loc. cit., n° 39 et sv.

B. L'objet et la cause comme critères de classification

45. L'objet et la cause ont été utilisés comme critères de classification des contrats par M. Planiol et J.F. Overstake, les seuls auteurs qui ont essayé d'élaborer une réponse au problème de la classification (65).
1. M. Planiol (66)
46. Selon Planiol, il faut concevoir une classification qui aurait une portée synthétique et qui permettrait d'envisager l'ensemble des contrats, groupés d'après leurs similitudes naturelles, et voir comment ces différents instruments juridiques s'acquittent de leurs fonctions économiques. A cette fin, il faut chercher l'objet possible de tous les contrats imaginables (67).
47. Tout contrat a pour objet un service qu'une personne demande à une autre ; mais la nature du service étant variable, les contrats se réunissent en groupes distincts de la même manière que les services qui leur servent d'objets. Ainsi, on distingue les contrats qui ont pour objet un travail, ceux qui ont pour objet les choses (le travail constituant un effort insignifiant), et ceux qui ont pour objet un droit.
48. Dans chacune de ces trois catégories, des sous-distinctions peuvent être établies sur base de l'existence ou de l'absence d'une contre-prestation et de la nature variable de cette contre-prestation, quand elle existe (68).
49. Tous les contrats ne peuvent avoir que ces trois sortes d'objet, mais de nouveaux contrats peuvent naître de deux manières : soit de nouvelles espèces

(65) FARJAT, op. cit., p. 191-92 dresse une typologie rudimentaire des contrats suivant leur objet ou leur "fonction économique en distinguant 1. les contrats translatifs de biens ou de droits, 2. les contrats relatifs à l'usage, à la jouissance ou à la garde d'une chose, 3. les contrats relatifs à l'activité humaine (travail, service, abstention), 4. les contrats constitutifs de personnes morales, 5. les contrats cadres et les contrats normatifs. Mais il reconnaît qu' "une typologie rationnelle reste à construire".

(66) Classification synthétique des contrats, Revue critique de législation et de jurisprudence 1904, p. 470 et sv.

(67) p. 471.

(68) p. 471-72.

de contrats naissent par l'application à des objets nouveaux d'un genre de contrats connu, soit de nouveaux contrats résultant d'un mélange de différents genres (69).

50. Planiol ne précise cependant pas le régime juridique de ces nouvelles formes contractuelles et se borne à mettre en garde contre l'utilisation de l'expression "contrats innomés", qui possède une signification déterminée et inchangeable depuis le droit romain (70).
51. Son analyse lui permet de répondre affirmativement à la question si on dispose de types de contrats assez nombreux et assez variés pour répondre réellement dans toute leur étendue à tous les besoins de la pratique, et il voit l'avantage de la classification en ce qu'elle montre que la diversité des genres contractuels tient à la question de savoir si et comment celui qui donne ou fait quelque chose pour autrui reçoit lui-même un avantage en retour (71).

2. J.F. Overstake (72)

a) Introduction

52. Selon Overstake, le contrat est généralement la transposition juridique d'une opération économique, le titre onéreux et le titre gratuit constituant les deux pôles de l'activité économique. Le contrat est l'instrument technique qui va permettre à l'homme d'atteindre le résultat recherché au sein de son activité économique générale.
53. Il apparaît donc que le contrat peut être envisagé sous deux aspects : sous l'angle de l'opération économique qu'il permet de réaliser et sous l'angle de la technique juridique employée pour arriver au résultat recherché (73).

(69) p. 472, 484-85.

(70) Voy. supra, note (9).

(71) p. 471, 486.

(72) Essai de classification des contrats spéciaux (L.G.D.J., Paris 1969).

(73) p. 17, se basant sur RIPERT, BOULANGER, op. cit., n° 64.

Il faudrait donc classer les contrats en fonction de l'opération économique qu'ils permettent de réaliser, et dresser un tableau des principaux types d'opérations économiques réalisables au sein de toute société et intégrer les contrats à l'intérieur des cadres fournis par ces types d'opérations selon qu'ils servent à réaliser telle ou telle opération.

54. Cependant, ceci serait une vue trop économique : le contrat étant avant tout une notion juridique, il faut fonder la classification non sur des données économiques mais juridiques, même si en définitive ces dernières ne font que traduire les premières. Il faut donc rechercher des critères juridiques de classification qui permettent d'introduire, munie du sceau juridique, cette classification d'après l'opération économique recherchée (74).
55. Il s'agit en premier lieu de l'objet, le substratum du contrat qui est la traduction générale juridique du contenu contractuel exprimant l'opération économique réalisée et déterminant la spécialité d'un contrat, qui constitue le point de départ de la classification recherchée. Cette notion matérielle et objective est complétée par la notion psychologique et subjective de la cause qui rend possible l'existence du contrat et qui détermine l'économie générale (titre onéreux ou gratuit) du contrat d'après le but de l'accord de volontés (75).

b) L'objet

56. Selon Overstake, il semble qu'en regroupant en trois catégories (donner, faire, ne pas faire) les obligations qui émanent d'un contrat et qui le composent juridiquement, on regroupe en même temps les opérations économiques que ces obligations ne font que traduire sur le plan juridique.

(74) p. 18-19.

(75) p. 19-20.

57. Cependant, il arrive qu'une opération économique unique soit constituée par un enchevêtrement des trois catégories d'obligations juridiques. L'objet de l'obligation ne peut donc servir de critère de classification car trop rares sont les hypothèses où un contrat ne donne naissance qu'à un type d'obligations ou même à une obligation unique.
58. Cependant, les différentes obligations n'occupent pas la même place au sein d'un contrat, et il y en a une que l'on peut qualifier de principale et qui apparaît comme celle à propos de laquelle l'accord des volontés intervient. Cette prestation essentielle constitue l'objet du contrat (cfr. supra) et par son caractère unique, elle peut servir de critère de classification (76).
- Ainsi, dans un contrat à titre onéreux, l'obligation principale est celle du débiteur autre que le débiteur du prix, et s'il est à titre gratuit, celle du débiteur autre que celui qui serait susceptible de payer un prix si le contrat était à titre onéreux. Si le contrat ne comporte d'obligations qu'à charge d'une seule partie, l'obligation principale est celle de cette unique partie débitrice, et s'il comporte une même obligation à charge de tous les co-contractants, l'obligation principale est cette obligation identique pour tous, qui s'apprécie indifféremment chez chacune des parties du contrat (77).
59. Toutes les opérations économiques réalisées juridiquement au moyen d'une obligation de donner peuvent être regroupées à l'intérieur d'une même catégorie, et celles réalisées au moyen d'une obligation de faire ou de ne pas faire dans une autre. Les contrats appartenant à une catégorie selon leur obligation principale font partie du même type contractuel. Comme l'obligation de donner apparaît comme une obligation translatrice, les contrats dont l'obligation principale consiste à donner peuvent être appelés contrats translatifs, ceux dont l'obligation principale consiste à faire ou à ne pas faire des contrats non translatifs (78).

(76) p. 29-31.

(77) p. 32

(78) p. 33-34.

60. L'obligation de donner peut consister dans le transfert d'un droit pré-existant, dans la constitution de droit réel ou dans la livraison d'une somme d'argent, ce à quoi correspondent trois catégories de contrats translatifs, à savoir les transferts de droits préexistants, les démembrements de droits et les promesses de payer (79).

Les contrats non translatifs peuvent avoir pour objet l'exécution d'un travail, l'accomplissement d'un service ou le respect d'une abstention (80).

61. Sur base de ces critères, Overstake établit une classification, fondée sur l'objet du contrat envisagé en tant qu'objet de l'obligation principale (traduction juridique de l'opération économique réalisée par le contrat envisagé), de tous les contrats, simples ou complexes, connus ou nouveaux.

c) La cause

62. Overstake a recours à la conception objective de la cause (cfr. supra) car elle seule présente les éléments de permanence et de fixité nécessaires à l'établissement d'une classification. La cause précisera l'économie du contrat et permettra la distinction entre le titre onéreux et le titre gratuit qui sont les deux aspects sous lesquels peuvent se manifester les divers contrats spéciaux qui peuvent prendre l'une ou l'autre de ces qualités suivant la volonté des parties (81).
63. Dans les contrats à titre gratuit, la cause apparaît comme la volonté de ne rien recevoir en échange, d'agir envers autrui d'une manière purement libérale. Dans les contrats à titre onéreux, la cause réside dans l'échange (au sens économique) envisagé, soit de manière réciproque ou simultanée dans les contrats synallagmatiques (à cette cause principale peut s'ajouter un

(79) p. 41-42.

(80) p. 86.

(81) p. 183-85.

but spécifique, comme dans les contrats aléatoires, ceux inspirés par une fin commune ou conclus intuitu personae) soit sur base d'une contrepartie fournie en dehors du contrat (avant ou après) (82).

64. Les signes de l'onérosité ou de la gratuité résultent d'un élément intentionnel (l'existence ou l'absence d'une intention libérale) et d'un élément matériel (l'attribution d'un avantage avec ou sans contrepartie équivalente) (83). Overstake reconnaît que certains contrats peuvent réunir en eux des caractères de l'onérosité et de la gratuité et constituer des contrats hybrides, mixtes. Mais il considère qu'on préfère leur conférer une qualification unique en fonction de l'intention réelle des parties (84).
65. Mais la cause ne sert qu'à fonder la classification des contrats en contrats à titre onéreux et à titre gratuit. Lorsqu'il s'agit de répartir les contrats à l'intérieur de ces deux catégories, il faut se référer à l'objet. Pour les contrats à titre gratuit, il faut à cet égard opérer une distinction entre la donation et les contrats de services gratuits ou de bienfaisance (85).

C. Critiques

66. On peut adresser aux classifications de Planiol et Overstake des critiques générales en fonction des objectifs fixés dans la partie précédente. En généralisant celles-ci, on peut établir une esquisse de solution, qui servira comme point de départ à l'élaboration d'une systématisation nouvelle.

1. Planiol

67. Le raisonnement de Planiol est faussé dès le départ en ce qu'il tend à démontrer que les contrats spéciaux ne sont pas en nombre illimité et ne peuvent pas être inventés librement par les particuliers : selon lui, les éléments spécifiques qui servent à distinguer les différents contrats sont peu nombreux et ne peuvent former que des combinaisons en nombre défini (86).

(82) p. 178-79.

(83) p. 187 et sv.

(84) p. 203-4.

(85) p. 205 et sv.

(86) Cfr. PLANIOL, op. cit., t. II, n° 1352 bis.

68. Il établit dès lors une classification rigide en genres et espèces, dans lesquels tous les contrats devraient pouvoir être rangés. Ceci même lorsqu'il s'agit de contrats nouveaux par leur objet (point sur lequel il est confus puisqu'il dit que tout contrat ne peut avoir qu'un des trois objets prédéterminés, et qu'on peut créer de nouveaux objets (87)) ou complexes, sans qu'il précise dans quelle catégorie il faudrait ranger ceux-ci.
69. Planiol utilise la notion d'objet sans l'analyser, ce qui a pour conséquence qu'il mélange l'objet de l'obligation et l'objet de la prestation, détruisant par là la validité de sa classification (88).

2. Overstake

70. Comme Planiol, Overstake cherche une classification basée sur la fonction économique des contrats, c'est-à-dire l'opération économique qu'un contrat permet de réaliser. Celle-ci confère la cohésion aux différentes obligations découlant d'un contrat et permet d'en sélectionner la principale qui constitue la prestation caractéristique.
71. Ceci constitue un détour inutile puisqu'une classification juridique doit évidemment être basée sur des concepts juridiques, et il vaudrait mieux éviter la référence à un rôle économique mal défini qui caractérise un contrat dans sa totalité : comme ce sont les différentes obligations qui forment la substance du contrat, il faut en déceler fictivement une qui caractérise l'ensemble. Or, les règles (assez simplistes) de détermination de la prestation caractéristique échouent face à un contenu contractuel complexe ou une structure contractuelle multilatérale (Overstake n'envisage d'ailleurs même pas ces cas).

(87) Loc. cit., p. 472 et 484.

(88) PLANIOL reconnaît lui-même ailleurs (op. cit., t. I, n° 2176) à propos de la distinction entre biens corporels et incorporels qu'une classification opposant les droits et les choses n'est pas valable, parce qu'elle met en présence des catégories de nature profondément différentes

72. Par le biais de la prestation caractéristique, Overstake parvient à fonder sa classification sur l'objet des obligations. Il n'arrive cependant pas à se défaire des analyses classiques quelque peu confuses de cette notion (voy. supra) et sa réflexion reste fortement inspirée par les types nommés de contrats.

En effet, Overstake se sert souvent de l'exemple de la vente et son raisonnement semble souvent (implicitement) influencé par le régime juridique de ce contrat. Ceci a pour conséquence que sa classification devient insuffisante dès que l'objet du contrat devient spécifique ou complexe (89).

73. L'utilisation du concept de cause permet de distinguer le titre onéreux du titre gratuit (également une suite de la conception "économique" du contrat) dans les contrats simples (90). Mais ce critère n'apporte pas de différenciations utiles supplémentaires lorsqu'un contrat est à mi-chemin entre les deux ou lorsqu'il est multilatéral. Overstake admet d'ailleurs qu'il peut y avoir d'autres buts spécifiques, mais n'approfondit pas ce point (91).

74. En somme, le système de classification de Overstake est tributaire de la théorie traditionnelle des contrats et témoigne des difficultés de celles-ci d'intégrer adéquatement toute la réalité contractuelle et de résoudre les problèmes énumérés au premier chapitre.

(89) Il classe par exemple dans la catégorie "promesses de payer" le prêt d'argent, les effets de commerce, le jeu et le pari, et la rente viagère (p. 68 et sv.). Par ailleurs, la société est classée comme contrat de transfert de droit préexistant, alors que l'association serait un contrat de prestation de services (p. 129 et sv.).

(90) Logiquement, Overstake aurait dû analyser la cause avant l'objet puisque tous les contrats classés en fonction de leur objet sont à titre onéreux et l'insertion de la cause permet uniquement d'en distinguer ceux où il n'y a pas de contre-partie équivalente.

(91) Sauf en ce qui concerne le rôle différent de l'intuitu personae dans les contrats à titre gratuit ou onéreux.

3. Critique générale et esquisse de solution

75. Les problèmes à résoudre résultent en fait de notre conception de base en matière contractuelle : pour l'échange de biens et de services, les particuliers ne sont pas obligés d'avoir recours à des mécanismes contractuels légalement prédéterminés pour engendrer des obligations sanctionnées, mais ils peuvent en principe fixer librement la forme et le contenu de leurs conventions, et dès que celles-ci sont légalement formées, elles tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134 al. 1er Code civil).
76. Ce faisant, le législateur délègue donc aux parties la tâche d'établir soigneusement, c'est-à-dire clairement et complètement, la loi qui doit régir certains rapports d'obligation qui existent entre elles. Sa confiance dans l'aptitude des parties n'est cependant pas absolue, de sorte qu'il ajoute au principe de base quelques règles d'interprétation (art. 1156 et sv. Code civil), et une disposition selon laquelle "les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature" (art. 1135 Code civil).
77. Supposant un instant qu'il n'existe pas de contrats nommés, le juge, auquel les parties feraient appel en cours d'exécution du contrat, devra alors trouver dans la convention le droit applicable aux faits (92), en se servant des règles légales d'interprétation (93).

(92) L'application du droit au fait se fait en trois étapes : 1. La constatation des faits dans leur matérialité, 2. La qualification légale des faits (c'est-à-dire leur subsomption par le concept classificateur appartenant à la règle de droit), 3. L'application à ces faits des conséquences légales déduites de la même règle : F. RIGAUX, La nature du contrôle de la Cour de Cassation (Bruylant, Bruxelles 1966), p. 78. Voy. encore les précisions ci-après.

(93) RIGAUX, op. cit., p. 280-82 ; F. DUMON, De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes, J.T., 1978, p. 465 et sv., 485 et sv. (473). Cfr. J. DABIN, note in R.C.J.B., 1947, p. 217 : "Interpréter un contrat, c'est rechercher ce que les parties ont voulu faire (id quod actum est) ; quelle opération elles ont entendu réaliser et de quelle manière elles ont entendu régler leurs rapports en conséquence de cette opération".

Les faits étant ce que les parties ont effectivement fait (ou n'ont pas fait : les deux sont vérifiables) et le droit ce qu'elles devaient faire (ou ne pas faire), le juge comparera les deux pour en déduire les conséquences.

78. Sa tâche essentielle consistera évidemment à déterminer le sens et la portée exacte de la convention, ses seuls secours externes étant dans un premier temps l'équité et la "nature de l'obligation" (art. 1135) ou la "matière du contrat" (art. 1158) (94).
79. S'il s'agit d'une opération contractuelle usuelle, elle tend à se standardiser dans ses éléments essentiels. Par la pratique et la jurisprudence, des règles d'usage se forment et sont renforcées par le fait que les juges s'y réfèrent (art. 1135, 1160) pour déterminer le régime juridique applicable à un contrat. Celui-ci acquerra ainsi progressivement une structure typique et deviendra finalement éventuellement un contrat nommé (légal ou jurisprudentiel).
80. Mais dès que le juge va chercher la solution d'un problème ailleurs que dans contrat lui-même, il doit vérifier si le cas soumis correspond bien à l'hypothèse où il va chercher la règle supplétive applicable, c'est-à-dire il doit qualifier le contrat (95). Dans cette opération de qualification

(94) Pour HANNEQUART (op. cit., n° 154 et sv.), l'expression "d'après sa nature" constitue une limite (et non pas un secours) au pouvoir du juge d'interpréter et de compléter le contrat, en ce sens que l'usage ne pourrait pas imposer une obligation qui ne découlerait pas naturellement du contrat, mais il ne précise pas, en quoi consiste cette "nature". Il indique plus loin (n° 510) que Pothier parlait de la "nature" et non de la "matière" du contrat, et qu'il n'apparaît pas pourquoi les auteurs du Code ont fait cette substitution terminologique. En tout cas, le sens conforme à la matière du contrat serait le sens conforme au droit commun et non la matière concrète du contrat parce que sinon, l'art. 1158 ferait double emploi avec l'art. 1161.

(95) En théorie, la qualification intervient après l'interprétation. Cfr. CAUSIN, loc. cit., p. 317-18. En fait, il y a plutôt simultanéité que succession : le juge connaît généralement les règles supplétives liées à l'une ou l'autre qualification, et son interprétation sera dès lors influencée consciemment ou inconsciemment par les conséquences qu'elle entraîne via la qualification (cfr. supra) : CAUSIN, loc. cit., p. 323 et sv. ; J. LENOBLE, F. OST, Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique (FUSL, Bruxelles 1980), p. 86 et sv., 133 et sv. Le juge doit en effet partir de la connaissance du droit s'il ne veut pas subsumer un contrat à toutes les hypothèses imaginables. Vu le nombre croissant de dispositions impératives, il devra donc pratiquement toujours qualifier.

(96), le juge met en relation les termes du contrat (considéré globalement comme une donnée de fait (97) et les concepts correspondants empruntés à la règle de droit (98). Il faut donc que ces concepts aient été rigoureusement définis et les hypothèses voisines clairement délimitées, ce qui indique donc le besoin d'une systématisation des concepts (99) (cfr. supra n° 28 et sv.).

-
- (96) Cette qualification ne doit pas être confondue (comme le font de nombreux auteurs) avec la "qualification" que les parties donnent au contrat et qui n'est en fait qu'une dénomination (c'est-à-dire le nom d'un contrat nommé) choisie par les parties pour indiquer clairement (ou au contraire cacher) le type de contrat qu'elles ont voulu conclure et qui ne lie pas le juge (voy. cependant l'art. 12 al. 4 du Code de procédure civile français, selon lequel le juge ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat : cfr. J.MIGUET, *Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit*, Mélanges offerts à P. Hébraud (Univ. Toulouse 1981), p. 567 et sv.).
- (97) En vérité, toute "constatation" des faits se fait par la médiation du langage qui en fait un "jugement" de fait par la part importante qu'y prend l'interprète par le choix des termes de description : ainsi, par exemple, l'utilisation du concept légal prédétermine la qualification juridique qui explique l'influence que le juge peut exercer au niveau de l'interprétation (comp. la note précédente) : RIGAUX, op. cit., p. 79 et sv. Le propre du contrat est cependant que les parties fournissent elles-mêmes la description linguistique du fait, c'est-à-dire ce dont elles ont effectivement convenu, et le juge ne peut substituer la sienne.
- (98) RIGAUX, op. cit., p. 84.
- (99) RIGAUX, op. cit., p. 233, 238 ; Ch. EISENMANN, Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique, Arch. philo. droit 1966, p. 25 et sv. (29-30). Cfr. F. TERRE, *Volonté et qualification*, Arch. philo. droit 1957, p. 99 : "L'opération de qualification permet donc au juriste d'établir de l'ordre: les objets matériels, les faits juridiques, les actes juridiques sont les uns et les autres groupés dans des cadres qui postulent une réglementation juridique déterminée.... La nécessité d'un classement est donc inéluctable".

81. Dans l'approche traditionnelle, cette systématisation des concepts est toujours comprise comme une classification des contrats : tout le raisonnement est basé sur les quelques contrats nommés qui servent comme point de départ pour l'établissement d'une typologie et du régime juridique.
82. Mais ce "passage à la catégorie" déforme la réalité et ne permet pas d'arriver à une "classification naturelle" (100) parce qu'on part toujours de contrats envisagés globalement et parce que les contrats nommés ne couvrent pas la totalité des contrats imaginables en réalité.
83. Car en vérité, tout contrat est formé de nombreuses variables ; en ne choisissant que quelques éléments "essentiels" ou "caractéristiques" pour qualifier l'ensemble, et en déduisant les règles supplétives applicables à toutes les autres variables de cette qualification initiale partielle, il y aura nécessairement une inadéquation si ces autres variables ne correspondent pas (complètement) aux hypothèses prévues comme découlant normalement des éléments "essentiels", ou si inversement à des variables "secondaires" répondent certaines règles supplétives sans qu'il y ait correspondance entre les éléments décisifs pour la qualification principale, ou si enfin un contrat concret ne correspond en rien à des hypothèses légales "essentielles" ou "secondaires".
84. Pour classifier, il ne faut donc pas partir des régimes juridiques des seuls contrats nommés existants, mais de toute la réalité en tant que telle, indépendamment d'une qualification contractuelle existante. Corrélativement, il ne faut pas se baser sur des contrats pris en tant qu'entités globales, mais systématiser à partir de la réalité des concepts infra-contractuels dotés de règles juridiques supplétives spécifiques, permettant de tenir compte de toutes les variables contractuelles et d'établir un régime juridique complet pour chaque contrat (101).

(100) GENY, op. cit., t. Ier, p. 174, 155.

(101) Pour établir une classification valable, il faut également respecter certaines règles formelles :

- les concepts qualitatifs (c'est-à-dire permettant de formuler un énoncé sur l'existence d'une qualité d'un objet) doivent permettre de grouper en certaines classes les objets auxquels ils sont appliqués ;
 - les concepts doivent être disjonctifs, c'est-à-dire ne pas se chevaucher partiellement ou totalement ;
 - les concepts doivent épuiser le domaine sans laisser de résidu :
- M. HERBERGER, J. SIMON, Wissenschaftstheorie für Juristen (Metzner, Frankfurt/M. 1980), p. 277.

III. ELABORATION D'UNE SYSTEMATISATION NOUVELLE

A. Introduction

85. A priori, tout élément structurel du contrat, toute caractéristique du contrat peut servir comme critère de systématisation (102). Ainsi, il existe différentes classifications traditionnelles, exprimées par des antithèses fondées essentiellement sur les techniques de formation ou d'exécution du contrat. Celles-ci ont certes leur utilité d'un certain point de vue, mais elles ne peuvent répondre au besoin d'une classification tel qu'il vient d'être déterminé. Elles ne prennent en effet en considération qu'un caractère isolé qui ne permet pas de rendre compte de la variété des contrats ni de leur spécificité dans l'ensemble des possibilités imaginables (103).
86. Le critère qui remplit ces différentes fonctions, qui permet d'établir une classification plus que binaire, fondée sur la présence ou l'absence d'un caractère donné, et qui est susceptible d'être complété par les autres, c'est le contenu du contrat. Il faudra donc concrétiser ce contenu et essayer de trouver une typologie des configurations virtuellement infinies qu'il peut prendre.
87. Chaque contenu contractuel est formé d'un certain nombre d'éléments, reliés entre eux par une structure pour former une unité. Ces éléments de base et les liens qui peuvent les unir doivent donc être déterminés pour en déduire une classification systématique (104).

(102) EISENMANN, loc. cit., p. 36, 38, 40.

(103) Cfr. OVERSTAKE, op. cit., p. 13-14.

(104) Cfr. TERRE, loc. cit., p. 104-105 : toute qualification suppose à la fois un ou plusieurs éléments et une certaine structure, c'est-à-dire un ordre selon lequel les éléments doivent exister pour que telle ou telle qualification soit admise.

88. Cependant, les concepts de contenu contractuel, d'éléments et de structures n'existent pas dans la théorie traditionnelle du contrat. Il faut donc les situer par rapport à des notions existantes, dont notamment celle d'objet du contrat, dont on a dit que, dans le langage moderne, on le dénommerait plus concrètement le contenu du contrat (105). On y ajoutera la cause qui, comme on l'a vu, joue un rôle important dans la qualification et la classification des contrats (106).
89. Au préalable, on exposera le cadre dans lequel s'insèrent les éléments et structures, en délimitant ainsi le champ contractuel quant aux personnes qui y sont impliquées et quant à sa place dans le temps.

B. Le cadre contractuel

90. Le contrat est un acte juridique bilatéral (ou multilatéral (107)) créant (108) des rapports d'obligation entre les parties contractantes (109), soit à charge d'une d'elles (contrat unilatéral), soit à charge des deux (contrat synallagmatique), l'obligation à charge d'une partie constituant un droit de créance dans le chef de l'autre.
91. Le contrat est un phénomène temporel et temporaire. Dès lors, cet acte s'inscrit dans le temps : étant réalisé par la rencontre des volontés des parties (110) et prenant effet à ce moment (111), il engendre des rapports juridiques ayant une certaine durée et prenant fin après l'exécution des obligations, à moins qu'ils ne soient transformés en rapports de dédommagement en cas d'inexécution fautive et dommageable par le débiteur.

(105) J. CARBONNIER, Droit civil. 4. Les obligations (4ème éd.) (P.U.F., Paris, 1969), p. 83 ; OVERSTAKE, op. cit., p. 19 : l'objet est la traduction en termes juridiques du contenu.

(106) Cfr. TERRE, op. cit., p. 491 qui considère qu'il importe de préciser très nettement le contenu et la cause d'un contrat innomé pour déterminer son régime juridique.

(107) Les particularités des contrats multilatéraux seront examinés ultérieurement. On part provisoirement de l'hypothèse courante d'un contrat bilatéral.

(108) Voy. infra, note (116).

(109) On ne traitera pas des problèmes spécifiques des effets à l'égard des tiers : voy. par ex. E. DIRIX, Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden (Maarten Kluwer, Antwerpen 1984) et les ouvrages précités de TEYSSIE et NERET.

(110) Pour les contrats consensuels ; pour les contrats solennels et réels, il faut en plus une formalité ou la remise d'une chose.

(111) Sauf modalité (terme, condition) suspensive.

92. On peut donc distinguer trois phases successives (112) : la phase précontractuelle (phase 1), la phase postcontractuelle (phase 3) et la phase contractuelle (phase 2). Le contenu du contrat peut dès lors être déterminé par l'observation du comportement des parties pendant la phase 2 (113) et par la comparaison de leur situation matérielle et juridique aux trois stades : toute altération à cette situation et à ce comportement par rapport au cours normal des choses peut avoir été induite par l'accord contractuel (114).
93. Les parties doivent donc se mettre d'accord sur et spécifier ce qu'elles entendent faire changer au niveau matériel et/ou juridique auprès de chacune d'elles. Le contrat sera la norme directrice de leur comportement, le critère du niveau d'(in-)exécution (115) et le titre permettant de faire respecter l'engagement pris.

(112) C'est la situation idéale. En réalité, notamment dans les contrats à prestations multiples ou successives, il y a des chevauchements suite à des exécutions partielles, retardées etc. ; voy. par ex. M. FONTAINE, Naissance, vie et survie du contrat : quelques réflexions libres, Festschrift K. H. Neumayer (Nomos, Baden-Baden 1985), p. 217 et sv. La présentation reste exacte si on considère qu'il s'agit chaque fois de l'exécution d'un contrat à contenu spécifique.

(113) Celle-ci peut être courte et s'épuiser en un instant (contrat instantané) ou avoir une certaine durée (contrat successif).

(114) On trouve une conception similaire de manière embryonnaire chez certains auteurs : CARBONNIER, op. cit., p. 17 pense que les trois termes (donner, faire, ne pas faire) peuvent se ramener à un seul, qui est "faire". Ce qu'il y a d'essentiel dans l'objet de l'obligation, c'est l'activité, le service, l'effort à la fois corporel et psychique du débiteur. Selon L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, t. I (3ème éd.) (Fontemoing, Paris, 1927), p. 325, "est acte juridique tout acte de volonté intervenant avec l'intention que se produise une modification dans l'ordonnement juridique tel qu'il existe au moment où il se produit ou tel qu'il existera à un moment futur donné".

(115) Il s'agit d'obligations de résultat si la partie s'est engagée d'atteindre le stade 3 de la manière prévue, et d'obligations de moyen si elle a seulement promis de s'efforcer d'y arriver.

C. Les éléments

1. Introduction : objet et élément

94. Les discussions concernant la notion d'objet (voy. supra) sont imprégnées de malentendus et de confusions malgré la différenciation de trois niveaux d'objets dont le contenu est loin d'être uniformément déterminé entre les auteurs, ni même utilisé uniformément par un même auteur (116).
95. Il en résulte qu'on "manque encore d'analyses approfondies sur l'objet des contrats" (117), et que "toute cette matière de l'objet peut paraître paisible, teintée d'archaïsme" (118), puisque les auteurs restent prisonniers des conceptions classiques.
96. La raison profonde semble en être le fait qu'on ne fait pas clairement la distinction entre le domaine matériel et le domaine juridique, et cela à différents égards :
- la différence entre une chose et le droit qui porte sur cette chose ;
 - la différence entre une action (matérielle) ayant une signification juridique prédéterminée, c'est-à-dire un acte (119) déclenchant un changement dans l'ordonnement juridique, et la même action ne représentant qu'un simple fait, notamment lorsque cette action a trait à une chose (120).

(116) Voy. par exemple FARJAT, op. cit., p. 190-91.

(117) FARJAT, op. cit., p. 192.

(118) CARBONNIER, op. cit., p. 89.

(119) Selon la conception de DUGUIT, op. cit., p. 328, il s'agit d'un acte-condition avec cette particularité qu'un contrat forme l'acte-règle. Cfr. M. REGLADE, La place de la convention dans une classification des actes juridiques, Arch. philo. droit 1940, p. 159 et sv.

(120) A cela s'ajoutent les confusions dues au double sens du mot "chose" dans les art. 1126 et sv. selon qu'il s'agit de "donner une chose" (bien matériel ou immatériel) ou de "faire ou ne pas faire une chose" (prestation). Clairement cependant : FLOUR, AUBERT, op. cit., n° 233-37, et sur la double nature possible de l'acte de paiement : N. CATALA, La nature juridique du paiement (L.G.D.J., Paris 1961), p. 15, 37.

97. Conformément à la description du cadre contractuel, il faudra donc déterminer abstraitement en droit et en fait les éléments statiques qui caractérisent les situations de départ et d'arrivée, ainsi que les changements qui peuvent y être apportés (éléments dynamiques).

2. Eléments statiques

98. Les éléments qui, en fait et en droit, peuvent caractériser la situation particulière de chaque partie sont les suivants :
- a) en fait : - la qualité, la fonction, les caractéristiques personnelles, etc. de chaque partie (121),
 - les choses matérielles mobilières (corps certains et choses de genre, y compris la monnaie) et immobilières (122),
 - les choses immatérielles (clientèle, know-how, etc.) ;
 - b) en droit : - les droits de la personnalité (au sens large),
 - les droits sur les choses matérielles : droits réels,
 - les droits sur les choses immatérielles : droits intellectuels (propriété littéraire et artistique, marques, brevets) et droits de propriété industrielle (clientèle, know-how, etc.),
 - les droits de créance.
99. L'ensemble de ces éléments forme une constellation déterminée qui peut être modifiée par contrat sur un ou plusieurs points, en fait ou en droit. Et chaque situation présente des éléments caractéristiques différents qui permettent d'introduire des différenciations supplémentaires et de fixer un contenu contractuel particulier.

3. Eléments dynamiques

100. L'exposé du cadre contractuel a montré le caractère dynamique du contrat,

(121) On considère dans le cadre de cette étude qu'il s'agit de personnes (physiques ou morales) privées.

(122) On fait abstraction du problème de la détermination du caractère mobilier ou immobilier des choses d'un point de vue juridique : cfr. TERRE, op. cit., p. 40, 67 et sv.

dû au comportement des parties (123) qui implique un changement dans le cours normal des choses, c'est-à-dire normalement (sauf dans le cas de l'abstention) une modification dans les éléments statiques de départ.

101. Ces actions sont normalement le fait d'une des parties et au profit d'une d'elles, mais elles peuvent également être le fait d'un tiers (porte-fort) ou lui profiter (stipulation pour autrui).

102. Au niveau matériel, on peut distinguer (124) :

- l'abstention, c'est-à-dire ne pas faire soi-même un acte matériel (par exemple non-divulgence de secret, non concurrence) ; ou tolérer que quelqu'un d'autre fasse un acte (par exemple servitude conventionnelle de passage), déterminée de manière plus ou moins extensive par rapport à un état, une personne, une chose, etc.;
- l'action appliquée à une chose (par exemple transporter, livrer une chose, garder, transformer, créer une oeuvre à partir de matériaux fournis, etc.);
- l'action pure (par exemple rendre un service (125), donner un renseignement, jouer une pièce de théâtre, etc.);
- transfert de numéraire, soit par remise matérielle d'une somme d'argent, soit par une opération comptable.

Tous ces actes positifs ou négatifs peuvent être conditionnels ou aléatoires (par exemple, jeu, pari, cautionnement, assurance), ou avoir une portée juridique particulière (par exemple, mandat).

103. Dans le domaine juridique, on retrouve également l'abstention, c'est-à-dire ne pas exercer soi-même un droit, ou tolérer que quelqu'un d'autre exerce son droit. Par exemple, le contrat peut entraîner les modifications suivantes, l'opération juridique étant adaptée à la nature du droit qui

(123) Cfr. CATALA, op. cit., p. 39 qui détermine le contenu de l'obligation comme le comportement du débiteur propre à fournir au créancier l'avantage qui lui est dû, et CARBONNIER cité à la note (114).

(124) Cfr. la conception classique de l'obligation de faire et de ne pas faire. En notre sens cependant, FLOUR, AUBERT, op. cit., n° 234.

(125) Ce service peut être rendu à l'aide d'une chose, moyen de prestation, qui ne constitue cependant pas l'objet de la prestation (cas précédent) : cfr. B. GRELON, Les entreprises de services (Economica, Paris 1978), p. 48 et sv.

est concerné (126) :

- créer un droit qui n'existait pas (127) : droit de créance (par exemple accord-cadre prévoyant la conclusion de contrats dans l'avenir), droit réel principal (par exemple occupation de res nullius sur base d'un accord) ou accessoire (par exemple hypothèque), droit intellectuel (par exemple création d'une oeuvre artistique sur commande) ;
- transférer un droit préexistant (128) : droit de créance (par exemple, cession de créance), droit réel principal (par exemple vente) ou accessoire (par exemple cession d'hypothèque), droit intellectuel (par exemple cession de brevet) ;
- éteindre un droit préexistant (129) : droit de créance (par exemple remise de dette), droit réel principal (abandon sur base d'un accord) ou accessoire (par exemple extinction d'hypothèque), droit intellectuel (par exemple renonciation à un brevet par non-paiement des taxes sur base d'un accord).

104. Ces opérations peuvent aussi ne pas concerner le droit dans sa totalité mais uniquement certaines prérogatives (par exemple occupation d'une res nullius par attribution séparée de la nue-propriété et de l'usufruit, cession de certaines prérogatives sur une chose matérielle (bail, gage) ou immatérielle (licence, gage sur fonds de commerce)).

On peut y ajouter la cession de certaines prérogatives attachées à la personnalité (par exemple cession du droit au nom (commercial) avec un fonds de commerce, délégation de l'autorité parentale, etc.).

(126) Rappelons que le contrat ne fait que naître des rapports d'obligation (créances, dettes) entre les parties (ce qu'on peut appeler objet du contrat) ; l'objet de ces obligations peut être de créer, transférer ou éteindre des droits. La confusion entre ces deux niveaux résulte du fait de l'exécution instantanée de l'obligation dans la plupart des cas, ce qui n'est cependant pas nécessairement la règle : voy. infra. Certaines des opérations juridiques citées sont généralement effectuées unilatéralement, mais rien n'empêche qu'elles le soient à la suite d'un accord, qui peut prévenir un litige. Les actes purement confirmatifs ou déclaratifs n'engendrent aucune situation juridique nouvelle, mais n'apportent que la constatation officielle d'une situation juridique préexistante qui jusque là était occulte ou incertaine (FLOUR, AUBERT, op. cit., n° 490).

(127) Acquisition par mode originaire.

(128) Acquisition par mode dérivé.

(129) Peut éventuellement être prévu déjà au moment de la création par un terme extinctif ou une condition résolutoire.

D. Les structures

1. Introduction : cause et structure

105. La raison profonde des divergences d'opinion sur la notion classique de cause semble être la difficulté d'admettre que ce terme unique peut avoir différentes significations. Les uns conçoivent la cause comme quelque chose qui existe de manière indépendante et qu'il faut découvrir en la définissant le plus adéquatement possible, déduisant ainsi de l'unité du mot une unité de concept. D'autres admettent une pluralité (généralement une dualité) de sens sur base des différentes fonctions que remplit la cause, mais semblent alors partir de la conception que ces différents rôles sont joués par le même concept (130).
106. Pourquoi ne pas admettre clairement qu'il s'agit de choses différentes ? Le Code civil (articles 1131-33) utilise le même mot pour exprimer différentes choses, mais cette polysémie ne doit pas empêcher de faire les différenciations qui s'imposent (131). Par ailleurs, il faut éviter de généraliser hâtivement des vérités particulières (132) et plutôt approfondir la véritable signification de ces dernières.

Ainsi, la cause joue un rôle utile dans la vérification des motifs des parties. Mais il s'agit là du but des parties et non de celui du contrat, de sorte qu'il est inutile de discuter dans ce cadre s'il s'agit de la cause du contrat ou de l'obligation (cette dernière joue cependant un rôle au niveau de la structure : voy. ci-après).

(130) On confond par ailleurs parfois le problème de la distinction des différents sens avec celui de leur prise en compte effective par le droit positif.

(131) On enseigne généralement que la cause du Code civil est la cause finale, et non la cause efficiente. En vérité, il s'agit de la même réalité, théorétisée différemment selon le point de vue temporel par rapport au contrat : ex ante, il s'agit du but (cause finale), ex post, de l'origine (cause efficiente), les deux constituant la cause dynamique ou externe au contrat (cfr. *supra*) ; avec des indications en ce sens également H. CAPITANT, La cause des obligations (2ème éd.) (Dalloz, Paris 1924), p. 21-22.

(132) Ainsi, par exemple, la cause peut jouer un rôle utile dans les contrats synallagmatiques, mais pourquoi vouloir en introduire une semblable dans les libéralités ? Cfr. DE PAGE, op. cit., t. II, n° 476.

107. On a néanmoins voulu assigner un but (typique) à chaque contrat par la cause catégorique, qui permettrait de qualifier chaque contrat (voy. supra). Mais l'utilité de ce concept est également douteuse.

D'un point de vue pratique, la jurisprudence ne qualifie pas nécessairement les actes juridiques d'après leur cause (133). D'un point de vue théorique, il n'est pas évident d'identifier comment cette cause est déterminée et de quels éléments elle se compose; on semble généralement admettre que la cause découle d'un type idéal de contrat et que ce type représente une certaine fonction économique-sociale du contrat, mais personne n'est parvenu à établir une telle typologie abstraite complète (134). On part au contraire toujours des types nommés du Code civil, de sorte que ce n'est pas la cause qui spécifie le contrat, mais inversement le contrat qui spécifie la cause (voy. supra).

108. La cause du contrat équivaut donc à la définition du contrat dans ses éléments essentiels (ou catégoriques) par opposition aux éléments accidentels (135). Or, comment déterminer ces éléments essentiels (136), comment tenir compte de l'insertion, par les parties, d'un élément étranger, mais déterminant, dans le champ contractuel (137), et surtout : que faire en l'absence de toute qualification préconstituée, c'est-à-dire de contrat innomé ? (138)

(133) Voy. TERRE, op. cit., p. 255, 303-4 : certaines qualifications sont la conséquence de la cause (p. 259 et sv.), d'autres la conséquence d'un des éléments inclus dans la cause (p. 269 et sv.), et certaines même étrangères à la cause (p. 291 et sv.).

(134) Cfr. FARJAT, op. cit., p. 192.

(135) Cfr. par ex. M. STORME, De progressieve totstandkoming der contracten, T.P.R. 1984, p. 24, note (75), qui distingue les éléments essentiels, sans lesquels le contrat n'existerait pas, les éléments naturels, qui sont réglés supplétivement par la loi, et les éléments accidentels, que les parties peuvent ajouter au contrat et sur lesquels la loi est muette.

(136) Voy. déjà supra le problème de la prestation caractéristique.

(137) TERRE, op. cit., p. 258.

(138) TERRE, op. cit., p. 237, indique le problème sans cependant rechercher une solution.

109. La théorie classique de la cause n'est donc d'aucun secours en la matière et ne fait que confirmer les problèmes déjà soulevés. Les discussions concernant la cause catégorique, la cause du contrat ou des obligations etc. attirent cependant l'attention sur la structure du contrat, sur les liens qui unissent ses éléments (les prestations des parties) et qui forment la cause véritablement propre au contrat (139).
110. Les éléments statiques et dynamiques, matériels et juridiques, peuvent être concrétisés et combinés à l'infini pour former un contenu contractuel. Ces combinaisons se situent à deux degrés : celles qui déterminent séparément les obligations de chaque partie, et celles qui réunissent les obligations des différentes parties pour constituer l'ensemble contractuel.

2. Structures de premier degré

111. Abstraitement , les combinaisons du premier degré déterminant les obligations d'une partie peuvent donner les résultats suivants :
- une simple prestation matérielle ou un ensemble de prestations matérielles composé de différents éléments matériels dynamiques,
 - la même chose au niveau juridique,
 - une combinaison des catégories précédentes,
 - le transfert d'une somme d'argent, ou de tout autre objet servant d'étalon de valeur et d'instrument de paiement dans l'économie (140).

(139) C'est ce qu'on a appelé supra la cause statique ou interne au contrat. "L'essentiel, au fond, n'est pas de diviser un objet en parties, mais de mener l'analyse de façon à tenir compte des rapports ou des dépendances qui existent entre ces parties, et d'en rendre compte de manière satisfaisante" : L. HJELMSLEV, cité par P. DAUCHY, Une conception objective du lien d'obligation : les apports du structuralisme à la théorie du contrat, Arch. philo. dr. 1981, p. 269 et sv. (272). La conception objective du lien d'obligation de DAUCHY, défini comme "l'affectation d'une contre-prestation pour rétablir l'équilibre des patrimoines voulu par l'organisation sociale" (p. 280) ne paraît pas utilisable dans le présent contexte.

(140) Toutes les autres prestations étant spécifiques, il s'agit de classer à part leur commun dénominateur qui servira à évaluer la valeur (pécuniaire) des prestations de chaque partie et éventuellement à les rémunérer entièrement ou partiellement (voy. infra; régime juridique).

112. Les prestations d'une partie peuvent être homogènes ou hétérogènes : elles sont homogènes si elles sont composées des mêmes éléments dynamiques, hétérogènes dans les autres cas.

3. Structures de second degré

113. Le contenu des obligations d'une partie, tel que spécifié ci-avant, peut résulter d'un engagement unilatéral ou d'un contrat (141), bilatéral ou multilatéral.
114. Dès qu'on se trouve en matière contractuelle, il ne se pose pas seulement le problème du nombre de combinaisons possibles entre les obligations des parties, mais également de leur position l'une vis-à-vis de l'autre.
115. Tenant compte du nombre de parties on peut distinguer deux types contractuels en fonction de leur structure :
116. - les contrats de type échangiste : le contrat réalise l'échange de valeurs, de richesses corporelles ou incorporelles (capital, travail) entre les parties, et les prestations d'une partie trouvent leur raison d'être dans la contre-partie fournie par l'autre (contrat synallagmatique).

L'échange étant fondamentalement une opération entre deux partenaires, les contrats de ce type seront généralement bilatéraux. Mais rien n'empêche un nombre plus grand de parties de conclure un contrat par lequel elles conviennent d'un échange multilatéral de prestations (142) ;

(141) Cfr. FLOUR : AUBERT, op. cit., T. 1er, n° 485.

(142) E. DIRIX, De meerpartijenovereenkomst, T.P.R. 1983, p. 757 et sv. (765), cite l'exemple d'un échange (au sens juridique) trilatéral, mais les prestations peuvent aussi être de nature différente.

117. - les contrats de type synergique : si, en termes économiques, l'augmentation de bien-être résulte essentiellement de l'échange de biens et de services sur base des préférences et des avantages comparatifs de chacun, il peut y avoir des situations où une attitude coopérative est préférable à un comportement concurrentiel : soit pour réaliser quelque chose en commun indépendamment des tiers, soit pour réaliser ensemble des échanges avec des tiers.

Les prestations des parties vont dès lors dans le même sens pour atteindre un but commun, dont la réalisation constitue la raison d'être des actions de chacun. Même si cette constellation peut former le contenu d'un contrat bilatéral (par ex. un contrat de coopération), elle se prête par sa structure surtout aux contrats multilatéraux (par exemple, une société).

118. Un contrat de type synergique sera généralement à moyen ou à long terme, sinon à vocation viagère (143) ou perpétuelle (144), puisqu'il comporte des obligations de faire pour atteindre l'objectif fixé et que celles-ci impliquent la durée. Mais on peut retrouver cet élément de durée également dans les contrats de type échangiste : si beaucoup de contrats peuvent être appelés transactionnels (145) parce qu'ils s'exécutent instantanément ou à court terme, d'autres sont plutôt relationnels (145) parce qu'ils impliquent des prestations successives (par exemple le contrat de travail) ou des échanges répétés. Et ces derniers se rapprochent ainsi des contrats structurels de type synergique, sans cependant jamais devenir des contrats vraiment institutionnels (146).

(143) Voy. le contrat de mariage.

(144) Voy. le contrat de société.

(145) Cfr. BELLAY, loc. cit., p. 1048.

(146) Les associés ou membres peuvent évidemment conclure un contrat avec la personne morale - institution qu'ils ont créée.

119. Par ailleurs, il existe un minimum de but commun dans chaque contrat de type échangiste (réaliser l'opération envisagée dont chacun profite, à défaut de quoi on ne se serait pas engagé) et un minimum d'échange dans un contrat de type synergique (on ne coopère pas pour des raisons d'altruisme, mais parce que, en échange de l'effort conjoint, on obtient un résultat qu'on n'aurait pas pu atteindre seul) ou seulement de manière plus difficile).
120. Ces caractères communs, découlant de l'essence contractuelle même, ne suppriment cependant pas l'opposition fondamentale au niveau structurel entre ces deux types idéaux, donnant lieu à des règles supplétives spécifiques.
121. La combinaison des éléments au second degré dans des contrats bilatéraux de type échangiste peut dès lors engendrer les types de contrats suivants :
- un contrat simple homogène ou hétérogène, lorsque la contre-partie des prestations homogènes ou hétérogènes est uniquement constituée par du numéraire,
 - un contrat à titre gratuit, homogène ou hétérogène, lorsqu'il n'y a pas de contre-partie ou une contre-partie insignifiante,
 - un contrat composé uniforme (les deux parties fournissent des prestations homogènes de même nature), double (prestations homogènes de nature différentes) ou hybride (dans les autres cas).
122. Dans les contrats échangistes à structure multilatérale où plusieurs parties interviennent activement (147) en occupant une place propre et

(147) Les problèmes ne se posent évidemment pas si des tiers profitent, par exemple, d'une convention sans y participer.

spécifique (148), les possibilités de combinaisons bilatérales augmentent exponentiellement.

123. Dans les contrats de type synergique, la communauté de but confère l'unité au contrat dont la structure de base n'est pas affectée par le nombre des parties. Pour le surplus, la combinaison des prestations des parties peut varier à l'infini, mais se situera normalement dans le domaine matériel.

E. Le régime juridique des contrats

1. Conception de base

124. La nécessité d'une classification systématique des contrats résulte en dernière analyse du besoin de disposer de règles supplétives en toutes circonstances, notamment en ce qui concerne les contrats innomés et les contrats complexes (voy. supra).

(148) Il ne s'agit donc pas d'une pluralité de parties liées par un contrat à structure bilatérale qui ne pose de problèmes qu'au niveau de la contribution de la dette ou de la participation à la créance. DIRIX, loc. cit., p. 763 l'appelle convention multilatérale symétrique, par opposition aux conventions asymétriques, parmi lesquelles il classe indifféremment l'échange tripartite, la délégation, la cession de créance, le leasing et les contrats de coopération (p. 764 et sv.). Ch. LARROUMET (Droit civil, t. III : Les obligations, 1ère partie (Economica, Paris, 1986)) distingue dans les actes juridiques multilatéraux les contrats multilatéraux (pluralité de contractants dans la même situation juridique : cela reste donc des contrats à structure bilatérale) et les opérations juridiques à trois personnes (chacune se trouvant dans une situation différente des deux autres, par exemple la délégation, la lettre de change) (n° 73 et sv.).

125. A ce sujet, la doctrine classique part toujours de contrats entiers et elle parle de la "nature juridique" de ceux-ci, en s'inspirant essentiellement des contrats nommés du Code civil, comme s'il s'agissait de réalités ontologiques auxquelles on a donné un nom, plutôt que de constructions juridiques auxquelles on applique un régime juridique et qu'on identifie par un nom (149).
126. Cette conception se reflète dans les propositions de classification exhaustive des contrats comme celle d'Overstake, qui veut établir une réglementation générale des contrats à la fois suffisamment précise et assez large propre à chaque catégorie et surtout à chacune des sous-catégories structurées et compartimentées qu'il a établies. L'élaboration de cette réglementation générale permanente attachée à chaque sous-catégorie contractuelle ou à chaque type contractuel fixe, structuré et limité, se ferait par une généralisation habile, une synthétisation harmonieuse des dispositions particulières consacrées aux principaux contrats spéciaux traditionnellement réglementés qui font partie de chaque sous-catégorie ou de chaque type servant de fondement à cette réglementation générale (150).
127. Il a été montré que cette approche, qui essaye de rattacher toutes les règles supplétives, obligations secondaires, etc., à un contrat pris en tant qu'ensemble, mène à des impasses : la déduction de la nature juridique d'un contrat équivaut à sa qualification et rencontre dès lors tous les problèmes précités.
128. Dès lors, plutôt que par son objet et par sa cause, le contrat a été décrit par ses éléments et ses structures, et plutôt que de vouloir partir d'un régime juridique global préétabli par contrat, il faut déterminer des règles particulières pour les éléments et structures qui peuvent être appliquées à n'importe quel contrat en fonction de la présence ou de l'absence de caractéristiques déterminées. On obtient ainsi une grille d'analyse des

(149) Cfr. EISENMANN, loc. cit., p. 31 et sv.

(150) OVERSTAKE, op. cit., p. 161-66, 255 ; cfr. GENY, op. cit., t. III, p. 145.

contrats, indépendante de qualifications légales préexistantes, qui fournit, pour chaque caractéristique qu'un contrat peut recouvrir, une règle supplétive.

129. Chaque contrat concret est alors analysé sur base d'un certain nombre de variables, et chaque variable détermine des règles spécifiques selon le contenu concret qu'elle reçoit. Cela évite la recherche périlleuse d'une prestation caractéristique et permet de tenir compte de toutes les prestations, et ainsi d'ensembles contractuels complexes, sans devoir établir la prépondérance de l'une ou l'autre composante concrète en vue de la qualification de l'ensemble (151).
130. On remplace ainsi le mode d'analyse juridique traditionnel, qui raisonne le plus souvent implicitement en termes de cercles concentriques, de cases adjacentes ou chevauchantes, de subdivisions hiérarchisées etc., par une approche basée sur l'algèbre linéaire, qui permet de tenir compte de variables plus nombreuses et de situations plus complexes, et ainsi de "réarticuler nos concepts comme états successifs d'une variable continue plutôt que de la traiter systématiquement comme variables discontinues" (152).
131. Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'une nouvelle classification des contrats en tant que tels, mais d'une nouvelle méthode d'analyse de ceux-ci, basée sur une systématisation des prestations des parties (les éléments) et de la combinaison de celles-ci (les structures).

2. Mise en oeuvre

132. La question du régime juridique d'un contrat se pose essentiellement (153) quand il y a un problème d'inexécution, selon le point de vue d'au moins

(151) Toute prestation peut en soi être principale ou secondaire et compte tenu des innombrables possibilités de combinaison de premier et second degré, il est impossible d'établir un régime juridique supplétif pour tous les ensembles contractuels imaginables (cfr. n° 83). La typologie de combinaisons possibles est d'ailleurs seulement illustrative et n'a pas en tant que telle d'incidence sur le régime juridique : voy. ci-après

(152) BELLAY, loc. cit., p. 1055 (cfr. la note 139).

(153) Il se pose également en ce qui concerne le respect de règles impératives fixées pour un "type" de contrat défini légalement. Ce problème peut cependant être évité en spécifiant expressément, sans référence à un type de contrat, les conditions d'application de ces règles.

une des parties. Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord, elles (ou le juge auquel elles feraient appel) cherchent du secours dans des règles supplétives, qui doivent donner des réponses à deux types de questions :

- Quels est le contenu et l'étendue des obligations de chacune des parties ? Qu'est-ce qu'elle doit faire, quand, où et comment ?
- Quelles sont les sanctions en cas d'inexécution ?
- Quels sont les moyens d'action et de défense des parties ?

133. Ces règles supplétives sont celles relatives aux éléments dynamiques, spécifiées en fonction des éléments statiques qui leur servent de base, et complétées ou, au besoin, corrigées par les règles régissant les structures.
134. Elles ne doivent pas être inventées de toutes pièces mais peuvent en premier lieu être déduites d'une lecture diagonale des règles applicables aux contrats nommés existants, analysés sur base de la nouvelle grille en termes d'éléments et de structures. Par ailleurs, on peut utiliser les règles générales déduites de classifications classiques basées sur d'autres critères, qui contribuent également à caractériser un contrat (154).
135. Il faut cependant que les différentes règles puissent être appliquées de manière harmonieuse. Cela résulte d'une part d'une certaine hiérarchie et des différents degrés de spécificité des variables, et d'autre part surtout naturellement du fait que, par le contenu spécifique de celles-ci, on évite les problèmes de délimitation entre les contrats tels qu'ils existent actuellement en raison du chevauchement partiel de leur contenu.
136. Les règles existantes doivent le cas échéant être complétées en conformité avec celles-ci. Si cette approche fait ressortir des incohérences ou insuffisances du droit en vigueur, ce sera l'occasion d'y remédier. Mais en somme, ce sont moins les règles qui doivent changer que notre type d'analyse et notre mode d'établissement et d'application judicieuse des règles existantes, qui doivent être basées sur une perception et une conceptualisation différente de la réalité.

(154) Voy. par exemple LARROUMET, op. cit., p. 163 et sv.

137. Le cadre de la présente étude ne permet pas d'élaborer un régime juridique complet concernant les éléments et les structures. On essayera uniquement d'indiquer, à travers des exemples, quelques points essentiels, qui permettront d'aller plus loin.

3. Exemples relatifs aux éléments

138. En premier lieu, il s'agit de bien distinguer les niveaux matériel et juridique, car de nombreuses règles sont liées à ce caractère de l'obligation : en effet, dans le domaine du fait, l'exécution du contrat implique toujours une certaine durée et doit nécessairement avoir lieu à un endroit concret, alors que dans le domaine juridique, l'exécution sera toujours instantanée et indépendante d'une localisation.
139. Au niveau juridique, la détermination du moment exact, où le changement de la situation originale a lieu, est donc particulièrement important (155). En matière de transfert de propriété, les articles 1138 al. 2 (obligation de donner), 938 (donation), 1583 et 1486 (vente) disposent que non seulement la conclusion du contrat se fait solo consensu, mais également son exécution au niveau juridique, qui est censée avoir lieu au même moment. Cette solution est généralement étendue à toutes les opérations juridiques (156), et, encore qu'il n'en soit pas nécessairement ainsi (même en cas de transfert de propriété (157)), ceci peut valoir comme règle supplétive, à défaut de volonté contraire des parties.

(155) Soit que le contrat se situe exclusivement au niveau juridique, soit que l'aspect juridique s'adjoit à un aspect matériel qui requiert une certaine durée (par ex. en matière de contrat d'entreprise).

(156) Ceci a eu pour effet d'opposer les accords qui créent des obligations (contrats) et celles qui les transfèrent ou éteignent (conventions), distinction qui résulte d'une confusion des étapes de conclusion et d'exécution des contrats : voy. note (126) et CATALA, op. cit., p. 76.

(157) Par ex. en cas de choses de genre, de choses futures, d'obligations alternatives, de clauses de réserve de propriété : cfr. très clairement sur ce point DE PAGE, op. cit., t. II, n° 442.

140. Au niveau matériel, la détermination du moment exact de la fin de l'exécution dépend du contenu concret de la prestation : dans une obligation de faire de type action pure, le contenu de l'obligation lui-même nécessite la détermination d'une durée, d'un terme ou d'une activité à accomplir (art. 1780 Code civil) (en cas de durée indéterminée, on peut s'inspirer des règles du contrat de travail pour la rupture unilatérale du lien contractuel) ; quand il s'agit d'une action appliquée à une chose, cela peut être le moment de la réception d'un ouvrage (voyez le contrat d'entreprise), de la restitution d'une chose (voyez le contrat de dépôt) etc. Similairement, la détermination du lieu d'exécution fait normalement partie intégrante du contenu contractuel, le lieu de délivrance ou de retraitement d'une chose (quand cela ne fait pas nécessairement partie du contenu, par exemple en cas de vente, de transformation d'un produit etc.) découlant normalement de la détermination de la partie à qui cette obligation incombe (voy. ci-après).
141. La distinction des niveaux matériel et juridique se révèle utile encore dans le monde matériel puisque tout droit a trait soit à une personne en tant que telle, soit à son action, soit à une chose (ou à un ensemble de choses). Dans ce dernier cas, la nature exacte de la chose (immatérielle - matérielle, immobilière - mobilière, d'espèce ou de genre, concrète ou de nature monétaire) entraîne par la force des choses des particularités dans les règles (158), mais celles-ci sont fondamentalement les mêmes en fonction de l'opération réalisée, indépendamment de la chose qui en forme l'objet (par exemple donner en jouissance (159)).

(158) Par exemple en matière de transfert des risques ; en principe, res perit domino, mais en matière de choses de genre res perit debitori ; les modalités de délivrance d'une chose varient évidemment avec son caractère mobilier, immobilier etc.

(159) Celui qui procure la jouissance doit délivrer la chose et assurer la jouissance (réparation, éviction, vices cachés), celui qui l'obtient doit en user suivant sa destination, l'entretenir et la restituer, qu'il s'agisse d'une chose immobilière (bail à loyer, bail à ferme, bail commercial), mobilière (bail à loyer) ou immatérielle (licence : voy. R. JOLIET, Le contrat de licence de brevet en droit civil) et français, R.T.D.Com. Econ. 1982, p. 166 et sv.) [belge]

142. Inversément, dès qu'une action matérielle a trait à une chose, le statut juridique de celle-ci doit être précisé, ainsi que les changements que cette action peut entraîner à ce niveau. La même action matérielle peut en effet avoir différentes significations juridiques : la remise d'une chose par exemple, peut être l'exécution d'un contrat de transport, d'entreprise, de dépôt, de vente etc.; mais les obligations de celui qui remet la chose, quoique nuancées par le statut de la chose et la portée de son acte, sont fondamentalement les mêmes dans toutes les hypothèses (par exemple veiller à l'intégrité de la chose, permettre à l'autre partie d'en prendre possession etc.) (comp. en cas de garde (160)).
143. Passant de l'étendue des obligations aux problèmes liés à leur exécution, les mêmes distinctions s'imposent. Ainsi, les obligations à contenu juridique et l'obligation de ne pas faire sont de résultat, alors que l'obligation de faire (avec ou sans chose) peut être de résultat ou de moyen (161). Par ailleurs, la notion de sous-contrat n'a de sens qu'en ce qui concerne les obligations de faire (162).
144. L'exécution forcée en nature est toujours possible, sauf pour les prestations matérielles spécifiquement personnelles au débiteur (art. 1142 Code civil) (163) : en effet, un acte juridique accompli contrairement à une obligation de ne pas faire peut être déclaré inopposable, et le juge peut ordonner que

(160) Le gardien doit veiller à la conservation de la chose, ne pas s'en servir, et la restituer : cfr. GRELON, op. cit., p. 50 et sv. ; J.H. HERBOTS, De bewaargeving, in : Bijzondere overeenkomsten, op. cit., p. 269 et sv.

(161) FLOUR / AUBERT, op. cit., t. 1, n° 49-50 ; cfr. A. PLANQUEEL, Obligations de moyens, obligations de résultat (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la preuve en cas d'inexécution), R.T.D.Civ. 1972, p. 334 et sv.

(162) NERET, op. cit., p. 36 et sv.

(163) Voy. W. JEANDIDIER, L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, R.T.D.Civ. 1976, p. 700 et sv. (701, 705) ; F. DERRIDA, v° Obligations, in Encyclopédie Dalloz - Droit civil (2ème éd.), n° 110 ; Cass. b., 5 janvier 1968, Pas. 1968, I, 567.

son jugement tiendra lieu de l'acte juridique que le débiteur refuse indûment d'accomplir. Au niveau matériel, les obligations de livrer (ou de prendre livraison), de restituer etc. souffrent également l'exécution forcée, l'art. 1143 Code civil permet de détruire ce qui a été fait en contravention à une obligation de ne pas faire (164), et l'art. 1144 de faire exécuter soi-même, au dépens du débiteur, l'obligation non exécutée par ce dernier.

145. En cas de nullité du contrat, une résolution ex tunc avec remise en état n'est possible qu'en ce qui concerne des choses, qui peuvent être restituées, alors que la résiliation ex nunc s'impose en cas de prestations pures.
146. Dans ce contexte, l'obligation de payer une somme d'argent présente des spécificités (165) : il s'agit d'une obligation pécuniaire qui, en tant que dette de somme (et non de dette de valeur) (166), est sensible aux variations monétaires (art. 1895 Code civil) et constitue une obligation de résultat qui est toujours susceptible d'exécution forcée, donnant lieu généralement à des intérêts moratoires (art. 1153 Code civil). Elle suit en général le régime des choses de genre, de sorte que, par exemple, la force majeure n'est pas libératoire (articles 1147-1148 Code civil), et par le caractère parfaitement fongible de l'argent, elle se prête à l'extinction par compensation (articles 1251 Code civil).

(164) S'il s'agit d'un acte irréversible, il se résoudra évidemment en dommages-intérêts.

(165) CARBONNIER, op. cit., p. 18 ; G. SOUSI, La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent, R.T.D.Civ. 1982, p. 514 et sv.

(166) Cfr. G. PIERRE-FRANCOIS, La notion de dette de valeur en droit civil. Essai d'une théorie (L.G.D.J., Paris 1975) ; R. SAVATIER, Dépréciation monétaire et vie juridique des contrats, D. 1972, chr., 1 et sv. ; J. VAN MULLEN, L'incidence des variations monétaires sur le droit belge des obligations, Ann. Fac. Dr. Liège 1978, p. 1 et sv.

147. Indépendamment de la nature spécifique de chaque type d'obligation, il existe des devoirs généraux, comme l'exécution de bonne foi (articles 1134 al. 3 Code civil), l'interdiction d'abus de droit et les soins d'un bon père de famille (article 1137 Code civil).

4. Exemples relatifs aux structures

148. Les règles relatives aux structures confèrent au contrat sa configuration individuelle et son unité, en intégrant dans un ensemble la situation réciproque spécifique des parties et les liens qui unissent leurs prestations, et en complétant par le contexte l'étendue des obligations respectives.
149. En ce qui concerne les structures de premier degré, il faut établir des règles permettant de décider dans quelle mesure des prestations forment une unité, ou bien peuvent être scindées si cela ne résulte pas clairement de la volonté des parties, par exemple en cas d'inexécution d'une partie des prestations.
150. On peut s'inspirer à cet égard en premier lieu des règles relatives aux obligations à objets multiples (conjonctives, alternatives (articles 1189 et sv. Code civil), facultatives) et aux obligations indivisibles (articles 1217 et sv. Code civil) (167). De manière générale, la cohérence entre les différentes prestations pourra résulter du fait qu'elles sont effectuées en faveur de la même personne, qu'elles ont trait à la même chose, qu'elles visent la réalisation d'un même objectif, qu'elles forment une unité économique, etc.

(167) Voy. G. GOUBEUX, La règle de l'accessoire en droit privé (L.G.D.J., Paris 1969), p. 212 : deux éléments peuvent être soumis, par exemple quant à la nullité, à un régime unique sans qu'il n'y ait pour autant qualification unique (cfr. TERRE, op. cit., n° 482). "Ce n'est que si les différents éléments étaient eux-mêmes atteints dans leur structure que l'indivisibilité retentirait sur la qualification de l'ensemble". Cfr. J. BOULANGER, Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques, R.T.D.Civ. 1950, p. 1 et sv. (2-9).

Par ailleurs, l'unité de régime juridique peut résulter de l'application de la règle accessorium sequitur principale (168).

151. Pour les structures de second degré il faudra distinguer les contrats de type échangiste et de type synergique et différencier selon qu'ils sont bilatéraux ou multilatéraux.
152. Dans les contrats bilatéraux de type échangiste, l'existence et la nature d'une contrepartie servent de critères d'appréciation de l'intensité et de la stabilité des liens entre les parties et leurs prestations. On peut alors recourir, par exemple, aux règles générales relatives aux contrats synallagmatiques (169) ou à titre gratuit (170).
153. Les contrats multilatéraux de type échangiste posent en premier lieu un problème d'unité : qui est lié envers qui et responsable de quoi? Dans quelle mesure les prestations des différentes parties sont-elles interdépendantes, causées l'une par l'autre, ou abstraites? Les notions de groupe de contrats (171) et de sous-contrat (172) ont été proposées pour rendre

(168) Voy. GOUBEAUX, op. cit., p. 198 et sv. avec une analyse détaillée de la règle de l'accessoire et de son influence sur la qualification des contrats, où il ne parvient cependant pas à se dégager des cadres nommés. Plus loin (p. 497), il suggère par contre d'utiliser la règle "seulement au niveau de l'application concrète des différentes pièces du régime, sans remonter à la qualification globale". Voy. également infra.

(169) Voy. par ex. l'exceptio non adimpleti contractus, la condition résolutoire tacite (art. 1184 Code civil), la théorie des risques, la preuve (art. 1325-26).

(170) Par ex. régime différent en ce qui concerne les conditions contraires aux lois ou aux bonnes moeurs (article 900 : réputées non écrites, alors que l'article 1172 les déclare nulles, ainsi que toute la convention qu'en dépend) ; appréciation moins sévère de l'obligation de garantie et de la responsabilité en cas de gratuité qu'en cas d'exonération : articles 1927, 1928, 2° (dépôt), 1992 (mandat) ; les contrats à titre gratuit étant toujours intuitu personae, les règles spécifiques à ces derniers leur sont également applicables (voy. infra) ; l'action paulienne est simplifiée.

(171) TEYSSIE, op. cit.

(172) NERET, op. cit.

compte des structures se situant entre les extrêmes d'une pluralité de contrats indépendants et d'un contrat unique et devront sans doute encore être approfondies. On pourrait s'inspirer dans ce domaine également des opérations triangulaires classiques (par exemple délégation, cession de créance, leasing, etc.) (173). On fera bien sûr aussi intervenir les règles relatives aux obligations à sujets multiples.

154. En ce qui concerne les contrats multilatéraux de type synergique, il faut régler les problèmes suivants : quels sont les moyens à mettre en commun et les apports à faire, comment partager les résultats (positifs ou négatifs) de l'activité commune, comment régler les points non prévus au départ (par accord unanime ou par décision majoritaire), quelle est la position hiérarchique des parties entre elles, comment organiser la gestion interne et la représentation externe, etc. ? Les réponses à ces questions peuvent être puisées dans le droit des sociétés, associations et groupements.
155. Les contrats bilatéraux de type synergique sont fondamentalement régis par les mêmes règles, avec des aménagements découlant par la force des choses de la structure bilatérale. Celle-ci les rapproche des contrats bilatéraux de type échangiste, mais leur nature particulière implique notamment un renforcement du devoir d'information et de coopération, et leur cause est formée par le but commun, critère d'appréciation des droits et devoirs respectifs des parties.
156. On pourra faire intervenir comme correctif dans toutes ces hypothèses le niveau d'équivalence ou de déséquilibre des prestations des parties (voyez par exemple la lésion) ou du partage des résultats de leurs activités (voy. par exemple la société léonine).
157. Enfin, il faudra tenir compte de manière générale de la situation respective des parties : leur qualité, fonction, qualification professionnelle, situation hiérarchique respective, etc. jouent un rôle important dans l'appréciation des soins à apporter lors de l'exécution du contrat, des renseignements à fournir lors de sa conclusion, du caractère intuitu personae de la convention (qui empêche, par exemple, le remplacement d'un associé dans une société de personnes, ou du débiteur d'un travail qualifié ou qui permet d'annuler un contrat pour erreur sur la personne).

(173) Voy. de manière générale DIRIX, loc. cit.

CONCLUSION

158. Les suggestions faites sont-elles réalisables en droit positif sans nécessiter une intervention législative ou un revirement jurisprudentiel marqué ?
159. On peut répondre sans hésitation de manière affirmative à cette question. Comme il a été montré (voy. ci-avant), le nouveau mode d'établissement du régime juridique des contrats ne requiert en principe pas un changement des règles de fond, mais de nos méthodes d'analyse et de raisonnement. L'application de multiples règles qui se complètent et se corrigent sans chevauchement parce qu'elles ont un champ d'application spécifique se justifie d'autant plus facilement que l'application cumulative de plusieurs régimes juridiques nommés différents à un même contrat mixte a été acceptée (174).
160. Même dans les limites de la théorie traditionnelle, la possibilité de cette nouvelle approche a d'ailleurs été entrevue (175), mais sa complexité soulèvera probablement la question de sa praticabilité (176). Ce problème est sûrement plus apparent que réel; et même s'il n'en était pas ainsi, "quel avantage trouverait-on à faire violence aux faits et à la nature des choses, pour faire subir à tous les contrats à éléments multiples un régime insuffisant par sa simplicité ?" (177).

(174) Voy. par ex. en France : Cass. Civ. 30 octobre 1950, D. 1950, jur., 753, note R. LENOAN ; Cass. civ. 16 mars 1977, J.C.P., 1978, II, 18.913, note Th. HASSLER (G. CORNU, R.T.D.C., 1977, p. 785 remarque que l'arrêt confirme une vérité première) ; Cass. com. 23 janvier 1978, J.C.P., 1978, IV, 103 ; GRELON ., op. cit., p. 284 à propos des contrats d'ingénierie et d'hôtellerie.

(175) En Belgique : comp. Brux. 25 septembre 1972, J.C.B., 1973, 263 ; cfr. GOUBEAUX, op. cit., p. 498 : "Admettre que la qualification double subsiste bien que la règle quantitative de l'accessoire soit parfois appelée à modifier, sur certains points, le régime applicable, serait reporter un peu plus loin les limites de l'élasticité des catégories. Ce serait, en somme, ébaucher un régime juridique original, prélude à la reconnaissance d'une catégorie nouvelle".

(176) Voy. déjà GOUBEAUX, op. cit., p. 495 à propos des contrats mixtes.

(177) M. PLANIOL, note sous Cass. civ. 18 octobre 1911, D.P. 1912, I, p. 113. Voy. de manière générale, J. DABIN, Théorie générale du droit (Nouv. éd.) (Dalloz, Paris 1969), n° 260 et sv.

161. Les impératifs de la justice et de la sécurité juridique requièrent une adaptation, des méthodes tout autant que des règles de fond, à l'évolution de la société. Comment dès lors justifier d'aborder encore les réalités complexes de la vie moderne avec l'outillage intellectuel du temps de Napoléon, sinon du droit romain ?
162. La présente ébauche d'une systématisation nouvelle des contrats de droit privé essaye de fournir les lignes directrices de cette approche méthodologique nouvelle, qui peut également contribuer à une théorie générale des contrats en ce qui concerne les règles de fond.
163. Mais, si la direction a été indiquée, le but n'en est pas pour autant déjà atteint. Le cadre du présent travail lui impose forcément un caractère incomplet, indiquant le besoin de recherches ultérieures. Par ailleurs, il reste de nombreuses lacunes, où même une analyse attentive du droit existant ne fournit pas de solution claire, par exemple en matière de structures multilatérales et multicontractuelles, en matière de contrats de type synergique, en matière de contrats de services, etc.
164. Conscient de l'état d'inachèvement et des imperfections qui persistent, la justification ultime de la recherche entreprise peut être trouvée dans ces phrases de F. GénY à propos de la classification de M. Planiol : "Le malheur est que ces nouvelles catégories manquent de règles précises, par cela même qu'elles déforment à plaisir tout le jeu, essentiellement concret, des conventions organisées par la loi. Peut-être une habile généralisation des règles de nos contrats nommés corrigerait-elle, en partie, cette défaillance. Le travail reste à faire ; et il vaudrait d'être tenté" (178).

(178) GENY, op. cit., t. III, p. 145.