

Dumez Hervé (2009) "Existe-t-il une spécificité des services au regard du droit des contrats ?", notes du séminaire de Augustin Aynes, 15 janvier 2009, *Le Libellio d'Aegis*, volume 5, n° 1, printemps, pp. 11-18

Sommaire

1

Comment avoir des idées

H. Dumez

11

Existe-t-il une spécificité des services au regard du droit des contrats ?

Intervention de *A. Aynes*

18

Elaborating the notion of performativity

M. Callon

29

Prix Tocqueville 2008 : intervention de M. Valéry Giscard d'Estaing

Notes prises par *H. Dumez*

31

Sur le style de pensée de Raymond Boudon

H. Dumez

34

Les firmes savent-elles toujours où est leur intérêt ?

J. Bastianutti

40

Prochain séminaire AEGIS

Les autres articles de ce numéro & des numéros antérieurs sont téléchargeables à l'adresse :

<http://erg.polytechnique.fr/v2/aegis.html#libellio>

Existe-t-il une spécificité des services au regard du droit des contrats ?

Le 15 janvier 2009, Augustin Aynes, de l'Université de Bourgogne est intervenu,
dans le cadre des séminaires AEGIS

Le sujet est intéressant pour le juriste, compte tenu de l'importance des classifications en droit. Le droit est un raisonnement scientifique en termes littéraires, dit-on. Les qualifications et classifications sont importantes pour pouvoir appliquer un régime juridique.

C'est la raison pour laquelle, l'étude et les interrogations sur la distinction des biens et des services interpellent et séduisent le juriste. C'est l'occasion de s'interroger sur l'existence ou non d'une classification : doit-on classer différemment les contrats de services et les contrats ayant pour objet des produits ?

La notion de bien en droit a un sens particulier dont on peut se demander s'il n'inclut pas les services. En droit, on oppose biens et personnes, objets et sujets de droit. Un bien est un objet, et il doit être susceptible d'être approprié et évaluable en argent. D'où le rapport entre bien et patrimoine. Contrairement donc au sens commun, les biens en droit ne sont pas nécessairement des choses. Les *res communis* ou choses communes, l'air par exemple, est une chose mais pas un bien. Réciproquement, le droit connaît des biens incorporels. Comme leur nom l'indique, ils n'ont pas de corporalité, mais ils sont appropriables et évaluables. Depuis 1981, les actions sont dématérialisées, elles sont comptabilisées sur un compte. Ces biens incorporels sont des droits. Ils sont dépourvus de corps, et ils se résument aux prérogatives qu'ils confèrent. Une action donne droit à un dividende, un droit de vote et un droit de vente. En droit, les biens incorporels sont donc des droits. Plus exactement, des droits patrimoniaux (par opposition, le droit au respect de la vie privée est un droit extrapatrimonial : il ne fait pas partie du patrimoine et n'est pas évaluable en argent).

On peut classer ces droits patrimoniaux en trois catégories : droits réels, propriété intellectuelle et droits de créance.

Pour faire simple, les droits réels peuvent être définis comme ceux qui donnent à leur titulaire une emprise directe sur une chose. La propriété est un droit réel. La chose est soumise au pouvoir du titulaire du droit.

Les droits de propriété intellectuelle sont le monopole d'exploitation sur une création de l'esprit (il a une valeur et on peut le céder).

Les droits de créance permettent d'exiger de quelqu'un d'autre qu'il fasse quelque chose. Le salarié qui a travaillé a un droit de créance sur son employeur. Le droit de créance peut ne pas porter sur une somme d'argent : il peut avoir pour objet le transport, le divertissement, l'hébergement. C'est là que l'on rejoint les services.

Le contrat de service donne un droit de créance.

Par exemple, le contrat que je conclus avec un transporteur : la SNCF a une créance contre vous (le prix du billet) et vous avez un droit de créance sur la SNCF qui doit vous transporter. Mais on est toujours dans la catégorie des biens au sens juridique. Donc, de ce point de vue, on peut dire que les services sont des biens.

On voit que la notion de service n'est pas appréhendée de manière autonome en droit. Il n'y a pas d'autonomie du service par rapport aux biens.

Mais le droit n'ignore pas la notion ou le terme de service. Il y a évidemment la notion de service public. En droit privé, la notion de contrat de service existe. Elle se rencontre la plupart du temps dans la législation économique. Par exemple, le principe de la libre prestation de service. D'une façon générale, le droit de la concurrence s'applique aux produits, à la distribution, aux services. Il existe un refus de vente mais aussi un refus de prestation de service. La vente à domicile est réglementée, de même que la prestation de service à domicile. Dans tous ces exemples, on voit qu'il y a assimilation entre produit et service. Quand on parle de prestation de service, ce n'est pas pour dire qu'il y a une spécificité, c'est pour la mettre sur le même plan que la vente.

Revenons au sujet de la spécificité des contrats de service. Ce n'est pas parce que le droit ne distingue pas biens et services qu'il n'y a pas une spécificité des contrats de services.

En droit, certaines règles s'appliquent à tous les contrats ; c'est le droit commun des contrats. Mais il existe des règles spécifiques à certains contrats, par exemple pour le prêt, la vente, le bail etc... On parle de contrats spéciaux.

La question se pose donc de savoir si, dans ces contrats spéciaux, il existe une catégorie particulière de contrat, ayant un régime juridique spécifique et homogène, en raison du fait qu'ils ont pour objet une prestation de service.

En réalité, il me semble que :

1. La catégorie des « contrats de service » n'a pas une réelle existence juridique,
2. Mais le fait qu'un contrat ait pour objet une prestation de service a des incidences sur son régime juridique.

Les « contrats de service » ne constituent pas une catégorie certaine, homogène et opérante en droit français

La catégorie de « contrat de service » n'est pas une catégorie ou classification légale

La catégorie « contrat de service » n'est pas légale, elle est doctrinale.

Le Code civil opère des distinctions entre les divers contrats. Par exemple, il distingue la vente, le bail ou le mandat. Mais la notion ou la catégorie de contrat de service n'existe pas.

C'est une catégorie doctrinale et pédagogique. C'est donc une catégorie relative et mouvante. D'un livre à l'autre, la catégorie recouvre des contrats différents. Il y a des conceptions plus ou moins larges de la notion de service et donc de la notion de contrat de service.

Certains ont une conception restrictive : doit être exclu de la catégorie tout contrat qui porte, directement ou indirectement, sur un bien. Par exemple, le bail ne peut être un contrat de service parce qu'il concerne un bien (un appartement par exemple). Pourtant, il a surtout pour objet de permettre l'usage du bien par le locataire, ce qui est une sorte de service.

D'autres ont une conception extrêmement large : tout contrat qui n'a pas pour objet le transfert de propriété d'un bien.

La catégorie est donc variable et, surtout, on n'en tire aucune conséquence sur le régime juridique des contrats qu'on fait entrer ou non dans la catégorie. Par exemple on s'interroge sur le point de savoir si le prêt est, ou non, un contrat de service. Si on prend la vision restrictive, la réponse est négative (le prêt a pour objet une chose qui est prêtée). Si on prend la conception large, le prêt est un contrat de service (il n'y a pas, en principe, de transfert de propriété). Pour autant, le régime du prêt est le même qu'on le classe ou non dans la catégorie des contrats de service.

La catégorie de « contrat de service » est incertaine

Il y a des divergences et des difficultés quant à sa composition.

Pour certains contrats la solution semble a priori acquise :

Ne fait probablement pas partie de la catégorie le contrat de vente et, plus généralement, tous les contrats translatifs de propriété (la donation etc...).

Réciproquement, certains contrats semblent faire partie incontestablement de la catégorie : le contrat d'entreprise (« louage d'ouvrages », dans le code civil : contrat par lequel une personne exécute une prestation matérielle pour une autre personne ; c'est par exemple, le contrat avec un transporteur, un architecte, un plombier etc...) et le contrat de mandat (contrat de représentation par lequel la mandataire est investi du pouvoir d'accomplir des actes juridiques au nom et pour le compte du mandant).

L'un des éléments qui permet de différencier ces deux contrats tient à la nature des actes accomplis : dans le contrat d'entreprise, il s'agit d'actes matériels ; dans le contrat de mandat, il s'agit d'actes juridiques.

Dans certains cas, une même personne peut accomplir pour le compte d'une autre des actes matériels et des actes juridiques. C'est le cas de l'avocat : il représente son client en justice (actes juridiques) et l'assiste (actes matériels : conseils, plaidoirie etc...). Ce faisant, on considère en droit qu'il y a deux contrats.

A priori donc, le contrat d'entreprise et le contrat de mandat sont des contrats de service. Pourtant, l'appartenance du contrat d'entreprise à la catégorie des contrats de service peut parfois être discutée. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'entrepreneur fournit la matière. Dans un contrat de construction, l'entrepreneur fournit les matériaux et, d'une certaine façon, les vend au maître d'ouvrage, puisqu'il devient propriétaire de la maison. En pratique, il se peut qu'économiquement l'aspect fourniture de biens soit plus important que l'aspect réalisation d'un travail.

Dans ce cas, est-on toujours dans un contrat d'entreprise ? Oui, lorsque l'entrepreneur réalise « un travail spécifique en vertu d'indications particulières ». Concrètement, cela implique l'impossibilité d'une production en série. Ainsi, si la chose est produite en série (une voiture, par exemple), le contrat est une vente, même si l'objet acquis n'est construit ou fabriqué que sur commande.

Enfin, il y a des contrats au sujet desquels on peut discuter à perte de vue l'appartenance ou non à la catégorie des contrats de service. C'est le cas du bail ou du prêt, par exemple. Certes, ces contrats portent sur une chose (le bien loué ou prêté), mais, par ailleurs, ils ont pour objet une prestation fournie par l'une des parties à l'autre (l'usage ou la jouissance d'une chose). Il en est de même du contrat de dépôt (dépôt d'un vêtement au vestiaire d'un restaurant).

Il peut également être difficile de qualifier de contrat de service certains contrats qui ne portent pas sur une chose, mais n'ont pas non plus pour objet la prestation d'un service de l'une des parties à l'autre. Tel est le cas du contrat de transaction (par lequel on termine une contestation née ou à naître en se consentant des concessions réciproques).

Tout ceci démontre qu'il n'y a pas un cloisonnement strict et une frontière nette entre contrat ayant pour objet le service et contrat « de » bien. La qualification de contrat de service n'empêche pas que le contrat ait aussi pour objet la fourniture d'un bien.

C'est une catégorie qui n'est ni homogène, ni opérante

Ces deux aspects sont liés.

La catégorie, à supposer qu'elle existe, n'est pas homogène car les contrats qui en font partie n'obéissent pas au même régime. Il existe deux corps de règles distincts pour le mandat et pour le contrat d'entreprise.

La consécration ou la distinction par la loi de deux contrats ayant pour objet la prestation d'un service (selon qu'il s'agit d'un acte matériel ou d'un acte juridique), auxquels s'appliquent des régimes juridiques au moins partiellement différents, empêche qu'existe une catégorie homogène des « contrats de service ».

Ceci permet d'affirmer que la catégorie n'est pas opérante. En droit, la qualification ou la classification n'a de sens que lorsque s'y attache l'application d'un régime juridique propre Or, à l'éventuelle qualification de contrat de service n'est pour l'heure attaché aucun régime juridique propre et commun.

Le label « contrat de service » sert aux enseignants, mais l'appartenance ou non à la catégorie n'a pas d'incidence : le mandat est réglementé en tant que mandat, pas en tant que contrat de service.

Cela étant, l'objet des contrats qualifiés de « contrats de service », c'est-à-dire l'accomplissement d'un service, peut avoir des incidences sur le régime du contrat.

Les services présentent des particularités en tant qu'objets de certains contrats

Si on étudie le régime juridique des deux contrats dont on peut dire avec certitude qu'ils sont des contrats de service – entreprise et mandat – et qu'on le compare à celui de la vente (qui n'est certainement pas un contrat de service) on peut relever des particularités.

On peut en retenir quatre illustrations : le prix, la faculté de résiliation unilatérale, le régime des restitutions et l'exécution forcée.

Prix

Plusieurs aspects et spécificités concernent le prix dans les contrats d'entreprise et de mandat.

- Fixation

Le prix est un élément de l'essence du contrat d'entreprise et du contrat de vente, mais pas du contrat de mandat. Ce dernier est en principe gratuit.

Toutefois, dans la vente, il est nécessaire que le prix soit fixé dès la conclusion du contrat : la vente se forme par un accord sur la chose et sur le prix. A l'inverse dans le contrat d'entreprise, le prix peut ne pas être fixé *ab initio*. Il peut l'être (exemple :

marché à forfait), mais ce n'est pas une obligation. Le prix peut donc être fixé après la conclusion du contrat et l'exécution de la prestation. C'est le cas, par exemple des honoraires dans certaines professions libérales (barème et prise en compte du temps passé).

La règle est la même dans le mandat, lorsqu'il est à titre onéreux (ce qui n'est pas le principe, mais qui est très fréquent).

De même dans les contrats ayant pour objet une prestation de service (entreprise ou mandat), il est parfois prévu que le prix – qui n'est pas fixé *ab initio* – sera fixé unilatéralement par le créancier, c'est-à-dire le prestataire de service. La faculté de fixation unilatérale et postérieure du prix doit s'exercer de bonne foi et un contrôle judiciaire est possible a posteriori afin de sanctionner un éventuel abus du droit de fixer le prix.

Cette souplesse dans la fixation du prix s'explique par la nature de la contrepartie qu'a le prix dans l'entreprise et le mandat. Il s'agit d'une prestation de service, une activité humaine, dont il peut être difficile d'évaluer la valeur exacte avant qu'elle ne soit réalisée.

- Révision

Dans le contrat de mandat à titre onéreux, il est admis que le juge a le pouvoir de réviser les honoraires ou commissions convenus lorsqu'ils sont excessifs. Dès le milieu du 19^{ème} siècle, la jurisprudence a reconnu ce pouvoir au juge. Récemment la jurisprudence a étendu la règle aux contrats d'entreprise donnant lieu à honoraires.

Cela a été appliqué aux honoraires d'un expert-comptable, d'un conseil en gestion et d'un avocat. Pour l'instant cela semble limité aux professions libérales, mais certains auteurs souhaitent que la règle soit étendue à tout contrat d'entreprise.

Cette faculté de révision judiciaire est remarquable en droit privé. En principe le contrat fait la loi des parties et le juge ne peut en modifier les termes.

L'explication de cette faculté de révision judiciaire est peut-être que l'on est dans le cadre d'une prestation humaine, très difficile à apprécier.

Faculté de résiliation unilatérale

Il y a des contrats à durée déterminée et à durée indéterminée. La règle est que les contrats à durée indéterminée peuvent être résiliés unilatéralement par l'une des parties. Le droit n'admet pas les engagements perpétuels. En revanche, les contrats à durée déterminée ne peuvent, en principe, être résiliés que du consentement des deux parties (sauf hypothèse d'inexécution par l'une des parties).

Toutefois, il existe des textes permettant expressément la résiliation unilatérale des contrats d'entreprise ou de mandat, même lorsque ces contrats sont à durée déterminée.

Le contrat de mandat peut être librement résilié (« *ad nutum* ») par le mandant, et ceci même s'il a été stipulé irrévocable (en ce cas, des dommages et intérêts peuvent être dus au mandataire). De même, dans le cas d'un marché à forfait, le maître d'ouvrage peut résilier le contrat. L'entrepreneur doit cependant être dédommagé des dépenses faites et du manque à gagner.

Restitutions

L'hypothèse est celle de l'anéantissement rétroactif d'un contrat (prononcé de sa nullité) qui a été au moins partiellement exécuté. L'objectif est de replacer les parties dans la situation où elles étaient avant la conclusion du contrat.

En matière de prestation de service, cet objectif est difficile à atteindre. Par exemple, un contrat d'enseignement nul, mais qui a été exécuté jusqu'à ce que la nullité soit prononcée. On ne peut pas rendre les cours. La restitution va donc se faire par équivalence : une somme d'argent va être allouée.

En d'autres termes, à la différence de la nullité d'une vente, qui donne lieu à une restitution en nature des éléments échangés (la chose vendue à l'un et le prix à l'autre), la nullité d'un contrat d'entreprise donne lieu à des restitutions par équivalent : « restitution » d'une somme d'argent censée représenter la prestation effectuée indûment.

Cette différence de régime s'explique par la nature même des prestations de service qui empêche leur restitution en nature.

Exécution forcée

Le contrat a un effet obligatoire entre les parties. Cela signifie qu'en principe, le créancier peut exiger de son débiteur qu'il exécute intégralement et exactement l'obligation qu'il a souscrite. En pratique, la mise en oeuvre de ce droit à l'exécution est parfois difficile à mettre en oeuvre, en particulier pour les contrats ayant pour objet une prestation de service.

Lorsque l'obligation a pour objet le versement d'une somme d'argent, l'exécution forcée en nature est très facile. En vertu du principe du droit de gage général, le créancier peut entreprendre des mesures de saisie pour faire vendre les biens de son débiteur et se payer sur le prix de vente.

Lorsque l'obligation a pour objet la remise matérielle d'un bien (livraison, restitution, libération des lieux etc...), l'exécution forcée en nature est également possible. Celle-ci se traduit, par exemple, par l'expulsion d'un occupant sans droit ou la saisie appréhension d'un bien qui doit être restitué ou livré.

En revanche, l'exécution forcée en nature d'une prestation est souvent impossible. Par exemple, comment imposer – forcer – un peintre à réaliser le tableau qu'il s'est engagé à réaliser, un transporteur à vous transporter, etc... Concrètement, l'exécution forcée de tels engagements supposerait une contrainte physique sur le débiteur, ce que le droit refuse. Dans ces conditions, le créancier peut solliciter l'exécution par un autre aux frais du débiteur ou l'exécution par équivalent, c'est-à-dire paiement de dommages et intérêts compensatoires.

En somme, du point de vue du juriste, on peut dire que les quelques spécificités des contrats de service s'expliquent par la place de l'intervention humaine dans l'exécution de l'obligation. Il y a une difficulté à évaluer l'intervention humaine, il y a des difficultés à obtenir son exécution forcée, à la restituer etc... ■

Augustin Aynes
Université de Bourgogne

DISCUSSION

Romain Laufer : Les économistes des services insistent sur l'assurance et la subordination. Le fait que le juge puisse intervenir est une forme d'assurance, d'un certain point de vue.

Augustin Aynes : Pour nous juristes, on ne peut accepter l'idée de subordination comme spécifique aux services. Parce que cette condition fait la différence entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise. L'avocat n'est pas le salarié de son client. Le client fixe un objectif, l'avocat s'organise comme il veut pour atteindre cet objectif.

Romain Laufer : Il me semble que votre exposé met bien en évidence l'ambiguïté de la notion de service.

Augustin Aynes : Nous, les juristes, on peut vivre sans savoir ce qu'est un service. Ce qui compte pour nous, ce sont les catégories opérantes. L'idée que l'on vend des services nous choque : une vente, c'est un transfert de propriété.

Romain Laufer : Avez-vous un problème d'élargissement de la zone des cas difficiles ?

Augustin Aynes : La réponse est oui. Quand on voit apparaître de nouveaux contrats (parking, sponsoring), on essaie de les rattacher à une catégorie. Pas de transfert de propriété dans le sponsoring, donc ce n'est pas une vente. Si on n'arrive pas à catégoriser, on parle de contrats innommés et *sui generis*. En 2007, on a « nommé » et réglementé le contrat de fiducie. Cela ressemble au trust, sans être le trust. Ce n'est pas une vente. La propriété est temporaire et finalisée. L'acquéreur a une propriété perpétuelle et pas finalisée (il peut faire ce qu'il veut de ce dont il est propriétaire). Ce n'est pas un trust parce que la propriété n'est pas la même chose en Angleterre et en France, ce qui tient à l'opposition entre les systèmes de *common law* et de droit romain.

Hervé Dumez : Y a-t-il, du point de vue du contrat, une différence entre le plombier et l'avocat ?

Augustin Aynes : Fondamentalement, il n'y a pas vraiment de distinction. Par exemple, sur la restitution. Peut-être une distinction pourrait venir de la difficulté plus grande de l'évaluation du travail de l'avocat que de celui des plombiers.

Romain Laufer : Il n'y a pas d'Ordre des plombiers.

Hervé Dumez : Pouvez-vous revenir sur l'intervention du juge ?

Augustin Aynes : Pour la détermination du prix des services rendus, le juge recourra à un expert. Il n'est pas tenu de demander un avis d'expert, mais il le fera la plupart du temps. Cela étant, le juge n'est pas tenu par l'expertise, mais, en fait, il s'appuiera sur elle.

Laure Amar : Vous n'avez pas parlé des contrats d'assurance.

Augustin Aynes : C'est un type de contrat particulier. Il fait partie des contrats aléatoires. Il y a un risque de gain et de perte inconnu pour les parties. Économiquement, l'assurance est une prestation de services pour les économistes. Pour le juriste, bien que la catégorie soit incertaine, il me semble que, comme pour le bail, il ne s'agit pas d'un contrat de service.

Annè Borzeix : Goffman a développé, en tant que sociologue, un modèle selon lequel la notion de service est liée à celle de la réparation (réparation automobile, dentiste) ; y a-t-il une spécificité de l'activité de service pour le juriste ?

Augustin Aynes : On pourrait penser à l'obligation de faire, dont l'objet est une activité humaine. Dans la vente, il y a des obligations de faire (obligation de remettre la chose). Donc, obligation de faire ne suffit pas. En droit il y a l'obligation de faire, l'obligation de ne pas faire et l'obligation de donner (qui est l'obligation de transférer la propriété ; or en droit français, l'obligation de donner n'existe pas véritablement : dès qu'il y a contrat, la propriété est transférée, c'est un effet du contrat).

Le juriste a des grilles de lecture – classification et qualification – et tout a vocation à trouver sa place dans les cases de la grille. Or, nous n'avons pas la case « contrat de service ». Je ne pense pas que le droit va créer la notion. Le droit français s'appuie sur le contrat d'entreprise, qui est très large et c'est précisément son avantage. Qu'y a-t-il de commun entre le contrat d'entreprise passé par l'État avec une entreprise de BTP pour le viaduc de Millau et le contrat d'entreprise passé par un particulier avec une entreprise de nettoyage ?

Anni Borzeix : Si la question avait été : qu'est-ce qu'un service pour vous ?

Augustin Aynes : J'ai du mal à vous répondre, parce que cette notion n'existe pas en droit. Quand on dit que le droit de la concurrence s'applique à la production, à la distribution et aux services, on n'a pas de définition claire des trois éléments. On veut juste dire que le texte s'applique à toute l'activité économique ■

*Notes prises par Hervé Dumez
PREG — CNRS / École Polytechnique*