

Université Paris II - Panthéon-Assas

École doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit privé
soutenue le lundi 15 novembre 2021

**Recherche sur les instruments de la
période précontractuelle
Essai d'une théorie générale**

Thèse de Doctorat / novembre 2021



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

M. Mathieu DIRUIT

Sous la direction de M. Laurent LEVENEUR,
professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Membres du jury :

Mme Marie-Laure CICILE-DELFOSSÉ, professeur à l'Université de Rennes 1

M. Hervé LÉCUYER, professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

M. Laurent LEVENEUR, professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

M. Olivier TOURNAFOND, professeur à l'Université Paris-Est Créteil

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Pour commencer, je remercie M. Leveueur qui a accepté de diriger ma thèse lorsque je lui ai proposé mon projet en mai 2013, puis qui m'a accompagné avec une profonde bienveillance pendant huit ans d'écriture de celle-ci, réalisée parallèlement à mon activité professionnelle de fiscaliste, en me donnant après la lecture de chaque morceau des conseils et des consignes indispensables.

Par ailleurs, je remercie Mme Cicile-Delfosse ainsi que MM. Lécuyer et Tournafond pour le temps qu'ils ont accordé à la lecture attentive de ma thèse et à la soutenance.

Pour terminer, je remercie ma mère qui m'a transmis la rigueur intellectuelle de l'application, mon père qui m'a transmis la vigueur intellectuelle de l'esprit critique et Iris qui m'a accompagné tout au long de ma thèse.

Résumé :

Les instruments précontractuels pourraient apparaître très performants au vu de la masse d'écrits doctrinaux, de décisions jurisprudentielles et de textes qui les concernent, dont les articles 1112 à 1124 du Code civil.

Cependant cette thèse montre que ces instruments restent mystérieux à de nombreux égards et que leur approche peut être renouvelée en utilisant comme *summa divisio*, la distinction de ceux relatifs à un consentement complet et de ceux relatifs à un consentement incomplet.

D'abord, cette thèse dépasse l'approche en bloc des pourparlers. D'une part, elle identifie neuf volontés unilatérales émises lors des pourparlers et relatives, soit à un consentement complet, soit à un consentement incomplet. D'autre part, elle conceptualise quatre contrats des pourparlers : deux obligeant à ne pas anéantir un consentement incomplet et deux obligeant à notifier un consentement incomplet.

Ensuite, cette thèse tend à perfectionner la compréhension de l'offre et de l'acceptation en affirmant leur nature de consentement complet constituant un acte juridique unilatéral, ayant pour effet essentiel, un effet de conclusion, et pour effet accessoire, une obligation de ne pas l'anéantir.

Enfin, cette thèse renouvelle l'approche des promesses de contrat en en identifiant quatre. Deux sont nées dans l'Ancien Droit, dont la promesse synallagmatique existant par exception à l'assimilation avec le contrat promis : elles obligent à notifier un consentement complet et futur et ont pour applications le pacte de préférence et le contrat cadre. Deux autres obligent à ne pas anéantir un consentement complet et présent, dont la promesse unilatérale de l'article 1124 née au XIX^e siècle.

Descripteurs :

Pourparlers, négociations, offre, acceptation, promesse unilatérale de contrat, promesse synallagmatique de contrat, pacte de préférence, contrat cadre, avant-contrat, contrat préparatoire, invitation à entrer en pourparlers, invitation à entrer en négociation, *punctatio*, lettre d'intention, accord de principe, accord partiel, protocole d'accord, accord de négociation, contrat de négociation, accord de pourparlers, contrat de pourparlers, contrat préliminaire, contrat temporaire, contrat provisoire, pacte d'option.

Title : Research on the instruments of the pre-contractual period. Essay on a general theory.

Abstract : The pre-contractual instruments could appear to be very effective in view of the mass of doctrinal writings, case law decisions and texts which concern them, including articles 1112 to 1124 of the Civil Code. However, this thesis shows that these instruments remain mysterious in many respects and that their approach can be renewed by using as a *summa divisio*, the distinction between those relating to complete consent and those relating to incomplete consent.

First, this thesis goes beyond the block approach to talks. On the one hand, it identifies nine unilateral wills issued during the talks and relating either to complete or incomplete consent. On the other hand, it conceptualizes four contracts of negotiation : two obliging not to destroy an incomplete consent and two obliging to notify an incomplete consent.

Secondly, this thesis tends to perfect the understanding of the offer and the acceptance by affirming their nature of complete consent constituting a unilateral juridical act, having for its essential effect, an effect of conclusion, and for its accessory effect, an obligation not to destroy it.

Finally, this thesis renews the approach to promises of contract by identifying four of them. Two of these arose in the Ancien Droit, including the synallagmatic promise, which exists by exception to the assimilation with the promised contract : they oblige to notify a complete and future consent and have as their applications the pact of preference and the framework contract. Two others require that a complete and present consent not be annihilated, including the unilateral promise in article 1124, which arose in the 19th century.

Keywords : Discussions, negotiations, offer, acceptance, unilateral promise of contract, synallagmatic promise of contract, preference pact, framework contract, preliminary contract, preparatory contract, invitation to enter into talks, invitation to enter into negotiations, *punctatio*, letter of intent, agreement in principle, partial agreement, memorandum of understanding, negotiation agreement, negotiation contract, talks agreement, preliminary contract, temporary contract, option pact.

Principales abréviations

Les abréviations juridiques utilisées dans cette thèse sont celles du document recommandé par le site de l'Université Panthéon-Assas (<https://www.u-paris2.fr/fr/formations/offre-de-formation/doctorats/redaction-de-la-these>), intitulé « Abréviations des principales références en matière juridique.pdf », daté du 11 mai 2010 et conçu par les éditions LexisNexis France à l'usage de leurs auteurs et de leurs rédactions.

Les autres abréviations utilisées dans cette thèse respectent les règles exposées dans le « Lexique des règles typographiques en usage à l'Imprimerie nationale » de 2002.

Sommaire

Partie préliminaire. Les conditions de complétude du consentement

Première partie. Les pourparlers ou négociations de contrat

Titre I. Les instruments des pourparlers relatifs à un consentement complet

Chapitre I. Les volontés relatives à un consentement complet de leur auteur

Chapitre II. Les volontés relatives à un consentement complet de leur destinataire

Titre II. Les instruments des pourparlers relatifs à un consentement incomplet

Chapitre I. Les instruments relatifs à un consentement incomplet et présent

Chapitre II. Les instruments relatifs à un consentement incomplet et futur

Deuxième partie. L'offre et l'acceptation

Titre I. L'offre de contrat

Chapitre I. La notion d'offre

Chapitre II. Le régime de l'offre

Titre II. L'acceptation de contrat

Chapitre I. La notion d'acceptation

Chapitre II. Le régime de l'acceptation

Troisième partie. Les promesses de contrat

Titre I. La définition des promesses de contrat

Chapitre I. Les définitions existantes des promesses de contrat

Chapitre II. Les définitions proposées des promesses de contrat

Titre II. Le régime des promesses de contrat

Chapitre I. Le régime des promesses de contrat contenant un consentement

Chapitre II. Le régime des promesses de contrat projetant un consentement

Table des matières

Thèse de Doctorat / novembre 2021	1
Introduction	1
Partie préliminaire. Les conditions de complétude du consentement.....	11
Titre I. L'explication des notions d'appréhension du contenu et de la forme du contrat	11
Chapitre I. Les notions existantes pour l'appréhension du contenu et de la forme du contrat	11
Section I. Les notions classiques d'appréhension du contenu du contrat.....	11
I. Les notions de Pothier pour l'appréhension du contenu du contrat	12
II. Les notions jurisprudentielles pour l'appréhension du contenu du contrat	14
Section II. Les notions modernes d'appréhension du contenu du contrat	19
I. Les notions modernes d'appréhension du contenu du contrat sur un plan	19
II. Les notions modernes d'appréhension du contenu du contrat sur deux plans.....	25
Chapitre II. Les notions proposées pour l'appréhension du contenu et de la forme du contrat	26
Section I. Les notions définissant un contrat spécial	27
I. L'explication positive des notions définissant un contrat spécial	27
A. Les notions d'effets essentiels et accessoires d'un contrat spécial.....	27
B. Les liens entre effets essentiels et accessoires d'un contrat spécial	27
II. L'explication négative des notions définissant un contrat spécial.....	29
A. Les effets étrangers à la définition d'un contrat spécial	29
B. Les buts étrangers à la définition d'un contrat spécial	30
Section II. Les notions déterminant la complétude d'un consentement	31
I. Le contenu du contrat essentiel à la complétude d'un consentement	31
A. Les effets abstraits essentiels à la complétude	31
B. Les éléments concrets essentiels à la complétude	32
II. La forme du contrat essentielle à la complétude d'un consentement	32
Titre II. L'application des notions d'appréhension du contenu et de la forme du contrat	37
Chapitre I. L'utilité première des notions d'appréhension du contenu et de la forme du contrat	37
Section I. L'identification des conditions de conclusion du contrat.....	38
I. L'existence d'une rencontre des consentements complets et identiques	38
A. La définition des conditions de conclusion par la loi	38
B. La définition des conditions de conclusion par la volonté	40
II. L'inexistence d'une rencontre des consentements complets et identiques	42
Section II. La détermination de la complétude ou de l'incomplétude du consentement	44
Chapitre II. Les utilités autres des notions d'appréhension du contenu et de la forme du contrat	45
Section I. Les autres intérêts des notions définissant les effets et leurs éléments	46
I. Les autres intérêts des notions définissant la complétude d'un consentement	46

A. L’erreur et l’intuitus personae.....	46
B. La modification et la caducité	51
II. Les autres intérêts des notions définissant le contenu d’un contrat spécial.....	54
Section II. Les autres intérêts des notions définissant les effets et leurs liens	56
I. Les autres intérêts positifs des liens entre effets	56
II. Les autres intérêts rétroactifs des liens entre effets	57
Première partie. Les pourparlers ou négociations de contrat	60
Titre I. Les instruments des pourparlers relatifs à un consentement complet	64
Chapitre I. Les volontés relatives à un consentement complet de leur auteur	64
Section I. La volonté de manifester un consentement complet	64
I. La définition de la volonté de manifester un consentement complet	64
II. Le régime de la volonté de manifester un consentement complet	66
Section II. La volonté de ne pas manifester un consentement complet	69
I. La définition de la volonté de ne pas manifester un consentement complet	70
II. Le régime de la volonté de ne pas manifester un consentement complet	71
Chapitre II. Les volontés relatives à un consentement complet de leur destinataire	77
Section I. La volonté de recevoir une manifestation d’un consentement complet	77
I. La définition de la volonté de recevoir un consentement complet	77
II. Le régime de la volonté de recevoir un consentement complet	79
Section II. La volonté de recevoir une information sur un consentement complet	81
I. La définition de la volonté de recevoir une information sur un consentement complet	81
II. Le régime de la volonté de recevoir une information sur un consentement complet.....	82
Titre II. Les instruments des pourparlers relatifs à un consentement incomplet	84
Chapitre I. Les instruments relatifs à un consentement incomplet et présent.....	84
Section I. La manifestation d’un consentement incomplet	84
I. La définition du consentement incomplet	84
II. Le régime du consentement incomplet	88
Section II. Les contrats de non-anéantissement d’un consentement incomplet.....	89
I. La définition des contrats de non-anéantissement d’un consentement incomplet	89
II. Le régime des contrats de non-anéantissement d’un consentement incomplet	91
Chapitre II. Les instruments relatifs à un consentement incomplet et futur	92
Section I. Les contrats de notification de consentement incomplet et futur	92
I. La définition des contrats de notification d’un consentement incomplet	92
II. Le régime des contrats de notification d’un consentement incomplet	95
Section II. Les volontés relatives à un consentement incomplet et futur	96
I. La définition des volontés relatives à un consentement incomplet et futur	96
II. Le régime des volontés relatives à un consentement incomplet et futur	98

Deuxième partie. L'offre et l'acceptation de contrat	101
Titre I. L'offre de contrat	102
Chapitre I. La notion d'offre	102
Section I. La nature juridique de l'offre	103
I. Les conceptions existantes de la nature juridique de l'offre	103
A. Les conceptions monistes de la nature de l'offre	103
1. Les sources favorables à la nature de fait juridique de l'offre	103
2. Les sources favorables à la nature d'acte juridique de l'offre	106
B. Les conceptions pluralistes de la nature de l'offre	110
II. La conception proposée de la nature juridique de l'offre	112
A. L'effet de conclusion essentiel à l'offre	113
1. La déduction de la nature de l'offre avec les définitions de l'acte et du fait juridiques	113
2. L'induction de la nature de l'offre vers les définitions de l'acte et du fait juridiques	115
B. L'obligation de non-anéantissement accessoire à l'offre	116
1. L'explication de la possibilité de créer une obligation pour un acte unilatéral	116
2. L'application de la possibilité de créer une obligation pour un acte unilatéral	121
Section II. Les conditions d'existence de l'offre	124
I. Les conditions nécessaires à l'existence de l'offre	124
A. La manifestation et l'effet de la volonté	124
1. La manifestation de la volonté	124
2. L'effet de la volonté	131
B. La complétude et l'antériorité de la volonté	136
1. La complétude de la volonté de contracter	136
2. L'antériorité de la volonté de contracter	138
II. Les conditions non nécessaires à l'existence de l'offre	140
A. La fermeté et la non-équivocité de la volonté de contracter	140
1. La fermeté de la volonté de contracter	140
2. La non-équivocité de la volonté de contracter	145
B. La notification et la destination de la volonté de contracter	147
1. La notification de la volonté de contracter	147
2. La destination de la volonté de contracter	148
Chapitre II. Le régime de l'offre	151
Section I. Le régime de l'offre hors de la manifestation de volonté de la révoquer	151
I. La création et les effets de l'offre hors de sa révocation	151
A. La création de l'offre	151
1. L'encadrement de la création de l'offre lié à sa nature d'acte juridique	151
2. L'encadrement de la création de l'offre non lié à sa nature d'acte juridique	155
B. Les effets de l'offre	157

1. La modification des effets de l'offre	157
2. La production des effets de l'offre	159
II. L'extinction anormale de l'offre hors de sa révocation	160
A. L'extinction de l'offre sans révocation par un événement lié à une volonté	160
1. L'influence sur l'offre des événements constitués par une volonté du destinataire	160
2. L'influence sur l'offre des événements constitués par une volonté de l'offrant	164
B. L'extinction de l'offre sans révocation par un événement non lié à une volonté	169
1. L'extinction de l'offre sans manifestation de volonté lors du décès de l'offrant	169
2. L'extinction de l'offre sans manifestation de volonté hors du décès de l'offrant	176
Section II. Le régime de l'offre lors de la manifestation de volonté de la révoquer	185
I. La volonté de révoquer l'offre créée avant le 1 ^{er} octobre 2016	185
A. L'analyse proposée des règles de révocation de l'offre antérieures à la réforme	185
B. Les analyses doctrinales des règles de révocation de l'offre antérieures à la réforme	192
1. Les analyses diverses des règles de révocation de l'offre avant la réforme de 2016	192
2. Les analyses délictuelles des règles de révocation de l'offre avant la réforme de 2016	198
II. La volonté de révoquer l'offre créée à compter du 1 ^{er} octobre 2016	202
A. Les règles et la frontière des articles 1115 et 1116 du Code civil	203
1. L'identification des règles des articles 1115 et 1116 du Code civil	203
2. La frontière entre les règles des articles 1115 et 1116 du Code civil	208
B. Le champ et l'application des articles 1115 et 1116 du Code civil	211
1. Le champ commun des articles 1115 et 1116 du Code civil	211
2. Les effets différents des articles 1115 et 1116 du Code civil	215
Titre II. L'acceptation de contrat	221
Chapitre I. La notion d'acceptation	221
Section I. La manifestation d'un consentement complet et identique à l'offre	221
I. La manifestation et l'effet de la volonté	222
A. La manifestation de volonté	222
1. L'acceptation expresse	222
2. L'acceptation tacite	224
B. L'effet de la volonté	227
1. Les définitions existantes de la nature juridique de l'acceptation	227
2. La définition proposée de la nature juridique de l'acceptation	229
II. La complétude et la postériorité de la volonté	231
A. La complétude de la volonté de contracter	232
1. L'explication de l'exigence de complétude de la volonté de contracter	232
2. L'application de l'exigence de complétude de la volonté de contracter	235
B. La postériorité de la volonté de contracter	241
1. La volonté postérieure à une volonté identique contenue dans une offre de contrat	241
2. La volonté postérieure à une volonté identique contenue dans une promesse de contrat	242

Section II. La non-manifestation d'un consentement complet et identique à l'offre	244
I. L'explication du principe d'absence d'acceptation par le silence et de ses exceptions	245
A. L'explication du principe d'absence d'acceptation par le silence	245
B. L'explication des exceptions à l'absence d'acceptation par le silence	247
1. Les explications communes des exceptions à l'acceptation par le silence	247
2. Les explications spécialisées des exceptions à l'acceptation par le silence	248
II. L'application du principe d'absence d'acceptation par le silence et de ses exceptions	250
A. Les exceptions à l'absence d'acceptation par le silence évoquées par l'article 1120	250
B. Les exceptions à l'absence d'acceptation par le silence non évoquées par l'article 1120	256
Chapitre II. Le régime de l'acceptation	260
Section I. Le régime de l'acceptation hors de son extinction par conclusion	261
I. La création et la non-crédation de l'acceptation	261
A. L'encadrement de la création de l'acceptation lié à sa nature d'acte juridique	261
1. Les conditions de preuve de l'acceptation	261
2. Les conditions de validité de l'acceptation	262
B. L'encadrement de la création de l'acceptation non lié à sa nature d'acte juridique	265
1. La faute constituée par la création ou la non-crédation de l'acceptation	265
2. Le préjudice causé par la création ou la non-crédation de l'acceptation	266
II. L'extinction anormale de l'acceptation	267
A. La révocation de l'acceptation	267
1. La rétractation de l'article 1118	268
2. La rétractation de l'article 1122	269
B. La caducité de l'acceptation	272
1. La caducité de l'acceptation et les événements non relatifs aux personnes	272
2. La caducité de l'acceptation et les événements relatifs aux personnes	273
Section II. Le régime de l'acceptation lors de son extinction par conclusion	274
I. Les théories et les intérêts relatifs à la date et au lieu de conclusion	275
A. Les intérêts relatifs à la date et au lieu de conclusion	275
1. Les intérêts relatifs à la date de conclusion	275
2. Les intérêts relatifs au lieu de conclusion	277
B. Les théories relatives à la date et au lieu de conclusion	279
1. Les théories majoritaires relatives à la date et au lieu de conclusion	280
2. Les théories minoritaires relatives à la date et au lieu de conclusion	287
II. Les textes et la jurisprudence relatifs à la date et au lieu de conclusion	288
A. Les règles déterminant la date et le lieu de conclusion avant la réforme de 2016	288
1. Les solutions existantes sur la date et le lieu de conclusion avant la réforme de 2016	288
2. Les solutions proposées sur la date et le lieu de conclusion avant la réforme de 2016	290
B. La règle déterminant la date et le lieu de conclusion avec la réforme de 2016	291
1. La datation de la conclusion à la réception de l'acceptation par l'offrant	291

2. La localisation de la conclusion à la réception de l'acceptation par l'offrant	294
---	-----

Troisième partie. Les promesses de contrat.....	297
---	-----

Titre I. La définition des promesses de contrat	298
---	-----

Chapitre I. Les définitions existantes des promesses de contrat	298
---	-----

Section I. L'Histoire des définitions des promesses de contrat.....	298
---	-----

I. La définition des promesses de contrat jusqu'au Code civil de 1804.....	299
--	-----

A. Les promesses de contrat dans l'Ancien Droit	299
---	-----

1. La définition des promesses de contrat dans l'Ancien Droit	301
---	-----

2. Le régime des promesses de contrat dans l'Ancien Droit	305
---	-----

B. Les promesses de contrat dans le Code de 1804	309
--	-----

1. L'interprétation proposée de l'article 1589 du Code civil.....	309
---	-----

2. Les interprétations existantes de l'article 1589 du Code civil	311
---	-----

II. Les définitions des promesses de contrat après le Code civil de 1804.....	312
---	-----

A. Les définitions de la promesse unilatérale de contrat depuis 1804.....	312
---	-----

1. Les définitions de la promesse unilatérale de contrat de 1804 à 1868	313
---	-----

2. Les définitions de la promesse unilatérale de contrat de 1868 à 2021	315
---	-----

B. Les définitions de la promesse synallagmatique de contrat depuis 1804	319
--	-----

1. Les définitions de la promesse synallagmatique de contrat de 1804 à 1945	319
---	-----

2. Les définitions de la promesse synallagmatique de contrat de 1945 à 2021	321
---	-----

Section II. L'analyse des définitions des promesses de contrat	322
--	-----

I. L'analyse des définitions existantes des promesses unilatérales de contrat	323
---	-----

A. Les définitions des promesses unilatérales de contrat avec obligation de faire	323
---	-----

1. Les définitions avec obligation de faire différente du maintien du consentement.....	323
---	-----

2. Les définitions avec obligation de faire imposant le maintien du consentement	328
--	-----

B. Les définitions des promesses unilatérales de contrat sans obligation de faire	331
---	-----

1. Les définitions des promesses unilatérales de contrat avec obligation négative	332
---	-----

2. Les définitions des promesses unilatérales de contrat sans obligation positive ou négative	333
---	-----

II. L'analyse des définitions existantes des promesses synallagmatiques de contrat	340
--	-----

A. Le principe de l'assimilation de la promesse synallagmatique au contrat	340
--	-----

1. La prétendue impossibilité des promesses synallagmatiques de contrat.....	340
--	-----

2. La prétendue inutilité des promesses synallagmatiques de contrat	344
---	-----

B. Les exceptions à l'assimilation de la promesse synallagmatique au contrat	346
--	-----

1. Les hypothèses saisies en promesse synallagmatique distincte du contrat	346
--	-----

2. Les définitions existantes de la promesse synallagmatique distincte du contrat	349
---	-----

Chapitre II. Les définitions proposées des promesses de contrat	351
---	-----

Section I. La définition des quatre promesses de contrat	351
--	-----

I. La définition des promesses de contrat contenant un consentement	352
---	-----

A. La définition de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement	353
1. La notion de promesse unilatérale de contrat contenant un consentement	353
2. Le champ de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement	359
B. La définition de la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements	363
1. La notion de promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements	363
2. Le champ de la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements	364
II. La définition des promesses de contrat projetant un consentement	366
A. La définition de la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement	366
1. La notion de promesse unilatérale de contrat projetant un consentement	366
2. Le champ de la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement	368
B. La définition de la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements	370
1. La notion de promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements	370
2. Le champ de la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements	371
Section II. La définition du pacte de préférence et du contrat cadre	373
I. La définition du pacte de préférence	373
A. Les définitions existantes du pacte de préférence	374
1. Les définitions du pacte de préférence sans obligation	374
2. Les définitions du pacte de préférence avec obligation	378
B. La définition proposée du pacte de préférence	381
1. La notion de pacte de préférence	381
2. Le champ du pacte de préférence	384
II. La définition du contrat cadre	387
A. Le champ du contrat cadre	387
1. Le contrat cadre dans le domaine de la distribution	387
2. Le contrat cadre hors du domaine de la distribution	391
B. La définition du contrat cadre	394
1. Les définitions existantes du contrat cadre	394
2. La définition proposée du contrat cadre	395
Titre II. Le régime des promesses de contrat	397
Chapitre I. Le régime des promesses de contrat contenant un consentement	397
Section I. Les aspects de la promesse de l'article 1124 non traités par ce dernier	397
I. Les conditions et l'exécution de la promesse de l'article 1124 non traitées par ce dernier	397
A. Les conditions de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement	398
1. Les conditions non propres à la promesse unilatérale de l'article 1124	398
2. Les conditions propres à la promesse unilatérale de l'article 1124	401
B. L'exécution de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement	406
1. Les modifications externes à la promesse unilatérale de l'article 1124	406
2. Les modifications internes à la promesse unilatérale de l'article 1124	409
II. L'extinction de la promesse de l'article 1124 non traitée par ce dernier	414

A.	L’extinction de la promesse de l’article 1124 prévue par les volontés des parties	414
B.	L’extinction de la promesse de l’article 1124 non prévue par les volontés des parties	418
Section II.	Les aspects de la promesse de l’article 1124 traités par ce dernier	427
I.	La révocation de la promesse unilatérale par le promettant	427
A.	La volonté du promettant de révoquer son consentement avant la réforme de 2016.....	427
1.	Les analyses généralement défavorables à la jurisprudence initiée en 1993.....	430
2.	Les analyses marginalement favorables à la jurisprudence initiée en 1993.....	436
B.	La volonté du promettant de révoquer son consentement après la réforme de 2016	438
1.	L’explication de l’alinéa 2 de l’article 1124	439
2.	L’application de l’alinéa 2 de l’article 1124	443
II.	La violation de la promesse unilatérale avec un tiers.....	447
A.	La violation avec un tiers de la promesse unilatérale formée avant la réforme de 2016	447
1.	Les solutions existantes pour la violation de la promesse avec un tiers avant la réforme...447	
2.	Les solutions proposées pour la violation de la promesse avec un tiers avant la réforme...450	
B.	La violation avec un tiers de la promesse unilatérale formée après la réforme de 2016	453
1.	La sanction de la violation de la promesse unilatérale avec un tiers par l’article 1124	453
2.	La sanction de la violation de la promesse unilatérale avec un tiers sans l’article 1124457	
Chapitre II.	Le régime des promesses de contrat projetant un consentement	460
Section I.	Le régime des promesses projetant un consentement hors de leur inexécution.....	460
I.	Les conditions des promesses de contrat projetant un consentement	460
A.	Les conditions relatives à la définition du consentement à notifier.....	460
1.	L’encadrement du consentement à notifier avec la détermination de l’objet	460
2.	L’encadrement du consentement à notifier sans la détermination de l’objet	464
B.	Les conditions non relatives à la définition du consentement à notifier	466
1.	Les autres conditions des promesses projetant un consentement relatives au fond	466
2.	Les autres conditions des promesses projetant un consentement relatives à la forme	471
II.	L’exécution et l’extinction des promesses de contrat projetant un consentement.....	474
A.	L’exécution des promesses de contrat projetant un consentement	474
1.	L’aspect essentiel de la phase d’exécution des promesses projetant un consentement	475
2.	Les aspects rares de la phase d’exécution des promesses projetant un consentement	478
B.	L’extinction des promesses de contrat projetant un consentement	481
1.	L’extinction des promesses projetant un consentement résultant des volontés des parties .481	
2.	L’extinction des promesses projetant un consentement ne résultant pas des volontés des parties.....486	
Section II.	Le régime des promesses projetant un consentement lors de leur inexécution	490
I.	L’évolution des règles sur l’inexécution des promesses de contrat projetant un consentement ...490	
A.	L’évolution de l’inexécution des promesses projetant un consentement sans obligation de non- notification à un tiers	490
1.	L’inexécution directe de l’obligation de notifier un consentement complet	491

2. L'inexécution indirecte de l'obligation de notifier un consentement complet	496
B. L'évolution de l'inexécution des promesses projetant un consentement avec obligation de non- notification à un tiers	498
1. L'évolution de la définition de l'inexécution du pacte de préférence	498
2. L'évolution des remèdes à l'inexécution du pacte de préférence	504
II. L'analyse des remèdes à l'inexécution du pacte de préférence projetant un consentement	509
A. Les remèdes de nullité et de substitution contre l'inexécution du pacte de préférence	510
1. Les conditions de la nullité et de la substitution	510
2. L'application de la nullité et de la substitution	518
B. Les remèdes de droit commun contre l'inexécution du pacte de préférence	523
1. La responsabilité civile de droit commun contre l'inexécution du pacte de préférence	524
2. L'exécution forcée de droit commun contre l'inexécution du pacte de préférence	527
Conclusion	533
Bibliographie	561
Index	574
Annexe : tableau des instruments précontractuels	598

Introduction

1. Une notion juridique que l'on conçoit bien, voit son champ délimité clairement, et les règles pour l'appliquer viennent aisément. Cet idéal de l'art juridique pourrait paraître atteint pour les instruments précontractuels. En effet, ceux-ci pourraient apparaître comme un sujet sur lequel tout a été écrit et qui est désormais très bien maîtrisé, tant en doctrine que dans le Code civil et la jurisprudence. De fait, les sources se sont développées pendant plus de quatre siècles concernant les promesses de contrat, durant plus de deux siècles s'agissant de l'offre et de l'acceptation, et au cours de plus d'un siècle pour les pourparlers. Plus précisément, le Code civil était initialement silencieux sur la phase de formation, mais depuis 1804, il existe une multitude d'études de la doctrine française et de décisions des juridictions françaises relatives à ces instruments. Or le droit les régissant était critiqué pour ses incertitudes. C'est pourquoi l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 de réforme du droit des contrats, ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, a dédié une section au processus de conclusion dans le Code civil, dont les articles 1112 à 1124 régissent les négociations ou pourparlers, l'offre et l'acceptation, le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat. Ainsi, il serait tentant de croire que ces instruments sont désormais régis de manière très performante. Cependant, ces instruments restent à de nombreux égards mystérieux.

2. **La pratique.** Les sources doctrinales actuelles distinguent deux schémas aboutissant à la conclusion d'un contrat¹.

Le schéma le plus simple est celui de la rencontre d'une offre et d'une acceptation, non précédée d'un échange d'autres volontés. Plus précisément, il concerne surtout les contrats de

¹ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 161 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 352 et 362 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 34 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 47 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1112 à 1112-2, Négociations*, sept. 2020, n° 2 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 79 et 89 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 20 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 274 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 164 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1014 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 1 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, p. 37 et 43 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 262 et 277 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 49 et 62 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 84 et 125 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 136 et 183 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 70 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 194 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 129 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 44 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 174.

la vie courante dans une société de consommation de masse, comme la vente de biens dans les magasins en libre-service, l'abonnement téléphonique, ou la prise d'un billet de train.

L'autre schéma, plus complexe et varié, est celui de la conclusion précédée d'un échange de volontés précontractuelles, par des négociations ou pourparlers, une promesse de contrat ou un pacte de préférence. Concrètement, il intéresse essentiellement les contrats dont le contenu est complexe techniquement et les enjeux économiques et financiers sont lourds, par exemple la vente d'immeuble, les contrats d'affaires comme les constitutions ou fusions de grandes sociétés, ou les contrats d'industrie dont la construction d'un avion ou d'une centrale nucléaire. D'une part, les pourparlers se caractérisent par un échange plus ou moins long de volontés diverses : une volonté de contracter décrivant une partie du contenu du contrat projeté, pouvant elle-même faire l'objet de contrats de négociations, une volonté de manifester un consentement, une volonté de recevoir un consentement ou des informations sur un futur contrat. D'autre part, les avant-contrats permettent d'instaurer de la sécurité : la promesse unilatérale de contrat permet de bloquer le consentement présent du promettant au profit du bénéficiaire restant libre de manifester le sien ; le pacte de préférence assure une exclusivité d'un consentement futur au contrat promis ; la promesse synallagmatique de contrat est une notion protéiforme, à laquelle il est fait recours notamment pour les ventes immobilières sans savoir toujours ce qu'elle est vraiment. Or, ces instruments précontractuels sont classiquement réunis en trois groupes comme le fait le Code civil.

3. Les pourparlers. Le premier cercle des instruments précontractuels est celui des pourparlers ou négociations, qui sont étudiés réellement depuis le début du XX^e siècle, à la suite de l'essor économique de la Révolution industrielle.

En effet, alors que les pourparlers furent étudiés auparavant à l'étranger notamment par Jhering¹, la doctrine française étudia ces négociations réellement à partir du début du XX^e siècle, marqué par un article de Saleilles de 1907, analysant les idées de l'Italien Fagella², puis par quelques thèses dont celle de Roubier³. Or, ces sources appréhendaient initialement les pourparlers ou négociations comme un bloc s'opposant à l'offre. Par la suite, dans les années 1970, les décisions et les analyses doctrinales se sont multipliées sur ce sujet, tant dans les manuels que dans de nombreux articles tentant de systématiser les négociations⁴. Ainsi, la

¹ R. Von Jhering, *De la Culpa in contrahendo ou des dommages intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, Œuvres Choiesies, trad. O. de Meulenaere, t. 2, Paris, 1893, p. 1 et s.

² R. Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, RTD civ. 1907, p. 697 et s.

³ Voir ci-dessous n° 88.

⁴ Voir ci-dessous n° 88.

réforme du 10 février 2016 s'est contentée de consacrer la jurisprudence antérieure.

Primo, le droit actuel étudie ces pourparlers substantiellement au regard de leur rupture et subsidiairement au travers de leur initiative et de leur déroulement. À ce titre, l'article 1112 du Code civil mentionne chacune de ces trois phases des négociations et affirme que celles-ci sont régies par la liberté tempérée avec les exigences de bonne foi, comme avant 2016.

Secundo, les sources existantes appréhendent ces pourparlers par la notion large d'invitation à entrer en pourparlers ou en négociation, présente à l'article 1114 du Code civil, qui sert à désigner diverses volontés précontractuelles ne réunissant pas les conditions de l'offre¹.

Tertio, ces sources évoquent les volontés manifestées lors des pourparlers, organisés avec un contrat ou non, par des notions très diverses, utilisées pour désigner des réalités très différentes : la *punctatio* ou punctuation, la lettre d'intention, l'accord de principe, l'accord partiel, le protocole d'accord, l'accord ou le contrat de négociation ou de pourparlers, le contrat préliminaire, ou le contrat temporaire ou provisoire².

Ainsi, aujourd'hui les pourparlers restent largement définis comme un bloc et appréhendés surtout par le prisme de leur rupture et marginalement par leur initiative et leur déroulement, mais aussi par des notions floues et utilisées pour désigner des réalités très différentes.

C'est pourquoi il nous semble que l'étude des pourparlers reste assez embryonnaire et qu'il est possible d'affiner cette approche très générale, en conceptualisant avec précision les volontés manifestées lors de ces négociations, que celles-ci soient des faits ou des contrats.

D'une part, les volontés unilatérales manifestées lors des pourparlers nous paraissent s'opposer à l'offre parce qu'il manque chez elles l'une des deux ou les deux conditions d'existence de l'offre, que sont le fait que la volonté tende directement vers la conclusion d'un contrat et la précision ou complétude de cette volonté de contracter. Premièrement, diverses volontés précontractuelles ne sont pas des offres parce qu'elles ne tendent pas directement vers la conclusion du contrat : il existe la volonté de ne pas manifester un consentement (le refus de contracter en réponse à une offre), la volonté de manifester un consentement à l'avenir (comme le projet de contrat à signer chez le notaire à une date déterminée), la volonté de recevoir un consentement (par exemple, la demande d'une offre d'achat de sa maison par son propriétaire), ou une information sur un consentement (comme une demande d'informations sur la vente d'un produit)³. Deuxièmement, une volonté s'oppose

¹ Voir ci-dessous n° 89, 91, 95, 107, 112, 119 et 192.

² Voir ci-dessous n° 89 et s.

³ Voir ci-dessous n° 91, 94 et s., 99 et s., 102, 103, 106 et s., 111 et s.

à l'offre parce qu'elle est imprécise ou incomplète, faute de contenir les éléments essentiels du contrat : c'est le consentement incomplet¹ (dont l'exemple typique est l'annonce de vente d'un objet, sans indication de prix). Or, en pratique, la définition rigoureuse de ces volontés factuelles des pourparlers permettrait de proposer aux praticiens et agents économiques des instruments clairs et fiables. Aussi en cas de contentieux, elle permettrait d'identifier une par une les volontés manifestées au cours d'une négociation, afin de déterminer si chacune constitue une faute extracontractuelle et d'identifier les préjudices causés par chaque faute. Cela permettrait de dépasser l'approche globale et floue des pourparlers conduisant à engager facilement la responsabilité pour leur rupture, avec des dommages-intérêts lourds pour réparer des préjudices dont la certitude et le lien de causalité ne sont pas assez étudiés.

D'autre part, les contrats de négociations nous semblent pouvoir être ramenés à deux couples. Le premier est celui des contrats créant une obligation de non-anéantissement d'un consentement incomplet, laquelle interdit de remettre en cause la partie du contenu du contrat projeté ayant fait l'objet d'un accord². Le second couple est celui des contrats créant une obligation de notification d'un consentement incomplet ; en effet, l'objet et les modalités de cette obligation permettent de déterminer l'auteur, la date, la forme et le contenu des futures négociations, et il est possible d'ajouter une exclusivité par une obligation de ne pas notifier un consentement incomplet à un tiers³. De fait, la définition précise de ces contrats de négociations est indispensable car ceux-ci demeurent assez mystérieux.

4. L'offre et l'acceptation. Le deuxième cercle des instruments précontractuels est constitué de l'offre et de l'acceptation, qui sont deux entités étudiées depuis Pothier (1699-1772), même si le Code civil de 1804 ne les évoquait pas.

Premièrement, la nature et le régime de l'offre étaient très incertains avant la réforme du 10 février 2016, laquelle fut présentée comme ayant fortement amélioré ce régime. Pourtant, cette réforme ne s'est pas prononcée sur la nature de l'offre, qui est fondamentale pour définir cette dernière et déterminer son régime.

D'une part, la notion d'offre est définie par les articles 1113 et 1114 du Code civil comme une volonté de s'engager, d'être lié en cas d'acceptation, pouvant résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur et comprenant les éléments essentiels du contrat envisagé. D'abord, la distinction classique de deux formes expresse et tacite d'offres est

¹ Voir ci-dessous n° 56, 118 et s., 192.

² Voir ci-dessous n° 91, 119 et 123 et s.

³ Voir ci-dessous n° 91, 119 et 130 et s.

reprise, mais il est possible de se demander si la notion d'offre expresse ne désigne pas la condition d'existence de l'offre qu'est la manifestation de volonté, et si l'offre tacite ne se situe pas plutôt sur le terrain des conditions de preuve en tant que présomption d'offre, laquelle n'est pas un mode de preuve recevable en principe pour les actes juridiques¹. Ensuite, il y a un manque de clarté dans le critère de distinction de l'offre et des volontés des pourparlers, alors qu'il semble possible de définir l'offre comme une volonté de produire un effet de conclusion, ayant la nature d'un acte juridique unilatéral, ce qui est fondamental en pratique afin de bien distinguer les volontés précontractuelles². Par ailleurs, la condition de précision de l'offre reste imprécise, puisqu'elle exige que cette dernière comporte les éléments essentiels du contrat, cruciaux pour l'approche du contenu du contrat et de la date de conclusion, mais qui demeurent flous³. De plus, la condition de fermeté de l'offre manque de consistance : elle exige que la volonté ne contienne pas de réserve la disqualifiant, mais cette notion de réserve, importante en fait, n'est pas définie clairement⁴.

D'autre part, le régime de l'offre est régi par les articles 1115 à 1117 du Code civil, qui auraient réglé les problèmes de révocation et de caducité de celle-ci. D'abord, la révocation de l'offre est efficace avant comme après réception de cette dernière, mais après cette réception, elle est une faute extracontractuelle si elle intervient durant un délai fixé par l'offrant ou un délai raisonnable ; or la mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle demeure ici floue, surtout dans la détermination des préjudices réparables, qui nous semblent très rares en raison des exigences de certitude et de causalité⁵. Ensuite, si ces articles reconnaissent la caducité de l'offre pour expiration du délai fixé ou d'un délai raisonnable, pour le décès ou l'incapacité de l'offrant et pour le décès du destinataire, certains cas de caducité restent débattus dans leur principe et leurs modalités d'application ; parallèlement, la caducité de l'offre pour refus ou pour contreproposition, non consacrée par ces textes, mais reconnue largement en doctrine, nous semble très discutable. Pourtant, cette caducité est importante parce qu'elle fait obstacle à la formation du contrat en pratique¹.

Deuxièmement, le droit régissant l'acceptation comportait aussi des incertitudes avant la réforme du 10 février 2016, qui a été présentée comme ayant réglé les difficultés suscitées par celle-ci. D'abord, la notion d'acceptation est définie par l'article 1118 du Code civil,

¹ Voir ci-dessous n° 177, 178 et 204.

² Voir ci-dessous n° 147 et s., 192 et 211.

³ Voir ci-dessous n° 13 et s.

⁴ Voir ci-dessous n° 73 et 191 et s.

⁵ Voir ci-dessous n° 100, 193 et 232 et s.

comme la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre, sans détermination de sa nature juridique, pourtant fondamentale². Ensuite, la distinction classique de deux formes expresse et tacite d'acceptation est reprise, mais il est possible de se demander, comme pour l'offre, si la notion d'acceptation expresse ne désigne pas une condition d'existence qu'est la manifestation de volonté, et si l'acceptation tacite n'est pas une présomption d'acceptation, laquelle n'est en principe pas recevable³. De plus, l'article 1120 du Code civil consacre la jurisprudence classique reconnaissant le principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation, tout en posant des exceptions, à propos desquelles il est possible de se demander si celles-ci ne renferment pas des cas de présomption d'acceptation à partir de faits toujours différents du silence lui-même⁴. Par ailleurs, il ressort des articles 1118 et 1119 du Code civil que l'acceptation doit comporter les éléments essentiels du contrat, mais ces éléments demeurent flous⁵. Enfin, l'article 1121 de ce code tranche les questions de la date et du lieu de conclusion en faveur du système de la réception⁶, ce qui crée en laps de temps durant lequel la révocation de l'acceptation est possible et régie par l'article 1118, mais l'ordonnance ne dit mot des cas de caducité de l'acceptation.

5. Les promesses de contrat. Le troisième cercle des instruments précontractuels englobe les promesses de contrat, qui sont étudiées dans les écrits en français à la suite de d'Argentré (1519-1590) et de Dumoulin (1500-1566).

D'abord, nous pensons au vu de l'Histoire que les sources existantes n'ont pas identifié le fait qu'il existe non pas deux, mais quatre promesses de contrat⁷. Plus précisément, l'Ancien Droit connaissait deux promesses unilatérale et synallagmatique de contrat qui étaient relatives à un consentement futur, qu'elles obligeaient à notifier. Dès 1804 les deux formes de promesses de contrat connurent des évolutions très différentes. La promesse synallagmatique de l'Ancien Droit, relative à un consentement futur, a eu une place plus ou moins importante comme exception au principe d'assimilation de la promesse synallagmatique de contrat et du contrat promis. En revanche, la promesse unilatérale de contrat a eu une évolution méconnue : jusqu'en 1945 elle fut de moins en moins rattachée à

¹ Voir ci-dessous n° 169, 215 et s.

² Voir ci-dessous n° 214 et s.

³ Voir ci-dessous n° 269 et s.

⁴ Voir ci-dessous n° 295 et s.

⁵ Voir ci-dessous n° 18 et s.

⁶ Voir ci-dessous n° 346 et s.

⁷ Voir ci-dessous n° 370 et s.

un consentement futur du promettant, qu'elle obligeait à notifier, et fut de plus en plus rattachée à un consentement du promettant présent lors de sa conclusion, qu'elle obligeait à ne pas anéantir, par inspiration de l'idée d'avant-contrat de Demolombe imaginée en 1868 afin de remédier à l'insécurité inhérente à l'efficacité de la volonté de révoquer l'offre. Ainsi, la promesse unilatérale de contrat de l'article 1124 du Code civil, relative à un consentement présent, n'est pas la forme unilatérale de la promesse synallagmatique de contrat relative à des consentements futurs et connue en jurisprudence comme exception à l'assimilation avec le contrat promis, laquelle n'est pas la forme synallagmatique de la première. En effet, nous parlerons de promesse unilatérale de contrat contenant un consentement afin d'évoquer celle de l'article 1124, et de promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements pour désigner celle qui est connue en jurisprudence par exception à son assimilation au contrat visé. Dès lors, il existe, d'une part, une promesse unilatérale de contrat projetant un consentement, qui était connue sous l'Ancien Droit, évoquée jusqu'en 1945 et qui connaît encore diverses applications, et d'autre part, une promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements, qui n'a guère été conceptualisée. Ainsi, le pacte de préférence est une promesse projetant un consentement futur, généralement unilatérale et rarement synallagmatique, avec une obligation de notifier au bénéficiaire un consentement, à laquelle est ajoutée une obligation de ne pas notifier un consentement à un tiers. Parallèlement, le contrat cadre contient une promesse projetant un consentement futur, unilatérale ou synallagmatique, dont la particularité est que son obligation de notifier un consentement complet est à exécution successive.

Ensuite, le régime de chacune de ces quatre promesses de contrats paraît perfectible. D'une part, concernant les promesses de contrat contenant un consentement, la promesse unilatérale de l'article 1124 est définie comme créant le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire, mais ce concept d'option reste débattu¹. Ainsi, cet article 1124 affirme que la révocation de la promesse n'empêche pas la formation du contrat promis, pour condamner la jurisprudence du 15 décembre 1993, mais il n'indique pas le fondement précis de cette solution². Aussi, cet article prévoit la nullité du contrat conclu avec un tiers connaissant la promesse en violation de cette dernière, sans définir cette violation et le

¹ Voir ci-dessous n° 402 et s.

² Voir ci-dessous n° 568 et s.

fondement de cette nullité¹. Surtout, cet article 1124 n'évoque pas les nombreuses conditions de fond ou de forme, certains incidents de la phase d'exécution, la cession et les multiples causes d'extinction de cette promesse unilatérale, dont la levée d'option, le terme et la condition, la durée indéterminée, le décès ou diverses manifestations de volonté². Parallèlement, le régime de la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements, guère conceptualisée, reste à construire par analogie avec le précédent.

D'autre part, le Code civil n'évoque pas le régime de la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement qui n'est plus le contrat qualifié de promesse unilatérale depuis 1945. Il n'évoque pas non plus le régime de la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements, connue en jurisprudence par exception à l'assimilation avec le contrat promis. En revanche, l'article 1123 de ce code régit le pacte de préférence, qu'il définit comme un contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où celle-ci déciderait de contracter³ ; à ce titre, ce verbe traiter a suscité des critiques. Plus précisément, cet article 1123 prévoit la responsabilité civile pour violation de ce pacte, *a priori* pour de très rares préjudices réparables⁴. Aussi, il prévoit la nullité du contrat conclu avec un tiers en violation de pacte ou une substitution du bénéficiaire dans ce contrat, dont les conditions semblent les rendre marginales, et dont les effets en tant que sanctions alternatives ne semblent pas satisfaisants pour nous, la nullité étant le plus souvent inutile seule et la substitution étant en pratique inapplicable, puisque les effets de ce contrat litigieux sont souvent déjà produits et éteints ce qui fait obstacle à cette substitution⁵. En outre, cet article 1123 ne se prononce pas sur les conditions, les incidents de la phase d'exécution, la cession et les nombreuses causes d'extinction du pacte de préférence¹.

6. La problématique. Dès lors, dans les instruments précontractuels, il faut déterminer dans quelle mesure un équilibre entre liberté et sécurité existait avant l'ordonnance de 2016 et existe depuis cette dernière et comment cet équilibre peut être perfectionné.

7. Les critères des instruments précontractuels. Or, il apparaît que cet équilibre était très imparfait avant la réforme de 2016 et reste perfectible depuis 2016. Par suite, cet équilibre ne peut être perfectionné sans la construction d'une vraie théorie générale des instruments de la période précontractuelle : chaque instrument précontractuel doit avoir une

¹ Voir ci-dessous n° 586 et s.

² Voir ci-dessous n° 515 et s.

³ Voir ci-dessous n° 471 et s.

⁴ Voir ci-dessous n° 680.

⁵ Voir ci-dessous n° 655 et s.

définition perfectionnée et un régime déterminé par application rigoureuse du droit des obligations. Plus précisément, il convient de systématiser les instruments précontractuels en déterminant les critères qui leur sont communs. Or, selon nous, la période précontractuelle peut se définir comme la phase qui est antérieure à la conclusion d'un contrat et qui se manifeste par l'utilisation d'un ou de plusieurs des instruments précontractuels, lesquels présentent quatre caractères.

Premièrement, au plan temporel, un instrument précontractuel intervient toujours avant la conclusion du contrat. Certes, la précision peut paraître évidente. Pourtant, les sources existantes rattachent à cette phase précontractuelle des problèmes qui peuvent parfois intervenir avant ou après la conclusion. Plus précisément, le coût et les frais des négociations peuvent ne pas faire l'objet d'un contrat précontractuel et restent donc à la charge de la personne les ayant engagés juridiquement. Toutefois, ils peuvent aussi faire l'objet d'obligations contractuelles, lesquelles peuvent être créées avant la conclusion du contrat projeté, ou insérées dans ce dernier, si bien que cette question n'est pas par nature précontractuelle. De même, la révélation d'informations obtenues lors des négociations peut intervenir au cours de ces dernières, mais aussi après la conclusion du contrat ou la rupture des pourparlers, donc cette question n'est pas par nature précontractuelle.

Deuxièmement, du point de vue de sa nature, un instrument précontractuel est toujours une manifestation de volonté, laquelle peut être un simple fait précontractuel ou un acte juridique, unilatéral ou contractuel.

Troisièmement, sous l'angle des personnes, un instrument précontractuel est toujours utilisé par une ou plusieurs des parties potentielles au contrat visé, mais jamais par un tiers seul, ou par un tiers et une de ces parties. Par suite, le mandat, le courtage, le contrat de commissionnaire et la promesse de porte-fort ne sont pas des contrats précontractuels.

Quatrièmement, du point de vue fonctionnel, un instrument est précontractuel s'il traite au moins un des cinq problèmes suivants, inhérents à la conclusion du contrat : le principe de la conclusion du contrat, le contenu et la forme du contrat, la date de conclusion, et l'identité des parties. De fait, un instrument précontractuel règle toujours au moins l'un de ces cinq problèmes, soit directement parce qu'il contient au moins un consentement complet ou un consentement incomplet, soit indirectement car il est relatif au moins à un consentement

¹ Voir ci-dessous n° 600 et s.

complet ou à un consentement incomplet, qui n'est pas contenu en lui, mais est antérieur ou postérieur à lui.

8. La *summa divisio* des instruments précontractuels. Ainsi, selon nous, la division supérieure des instruments précontractuels oppose ceux qui sont relatifs à des consentements complets et ceux qui sont relatifs à des consentements incomplets (voir tableau en annexe).

Les premiers instruments précontractuels sont relatifs à des consentements complets. D'une part, ces consentements complets sont présents dans l'offre et l'acceptation, mais aussi dans la promesse unilatérale de contrat de l'article 1124 et dans la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements qui n'a guère été conceptualisée.

D'autre part, ces consentements complets sont futurs, pour les promesses unilatérale et synallagmatique de contrat projetant un consentement, dont le pacte de préférence et le contrat cadre sont des applications, et pour diverses volontés factuelles de manifester, ne pas manifester ou recevoir un consentement complet ou des informations sur ce dernier.

Les autres instruments précontractuels sont relatifs à des consentements incomplets. D'une part, certains sont relatifs à des consentements incomplets et présents : ce sont la manifestation d'un consentement incomplet ou les contrats créant une obligation de ne pas anéantir un consentement incomplet à la charge d'une ou de plusieurs parties.

D'autre part, certains sont relatifs à des consentements incomplets et futurs : ce sont les contrats créant une obligation de notification de consentement incomplet à la charge d'une ou de plusieurs parties et les volontés factuelles de manifester, ne pas manifester ou recevoir un consentement incomplet ou des informations sur ce dernier.

C'est pourquoi nous proposons la définition de chacun des instruments précontractuels en utilisant la distinction des consentements complets et des consentements incomplets. Corrélativement, étant donné que tout instrument précontractuel se rattache à un consentement complet ou à un consentement incomplet, afin de donner la définition ou de constater l'existence d'un instrument précontractuel, il faut déterminer si le consentement auquel celui-ci est relatif est complet ou incomplet. Dès lors, pour construire cette théorie générale, il faut à titre liminaire définir le contenu et la forme essentiels à la complétude du consentement et permettant de distinguer les consentements complets et les consentements incomplets (**Partie préliminaire**). Puis, il faut étudier dans l'ordre du Code civil, les trois cercles d'instruments précontractuels que sont les pourparlers ou négociations (**Première partie**), l'offre et l'acceptation (**Deuxième partie**) et les promesses de contrat (**Troisième partie**).

Partie préliminaire. Les conditions de complétude du consentement

9. Nous considérons que la *summa divisio* des instruments précontractuels est la distinction entre, d'une part, ceux relatifs à des consentements complets, et d'autre part, ceux relatifs à des consentements incomplets. En d'autres termes, tout instrument précontractuel se rattache, soit à un consentement complet, soit à un consentement incomplet. Par conséquent, afin d'identifier un instrument précontractuel, il faut toujours déterminer si le consentement auquel il se rattache est complet ou incomplet. Or, cette détermination du caractère complet ou incomplet d'un consentement doit s'opérer en étudiant le contenu du consentement, qui est aussi le contenu du contrat, ainsi que sa forme. À ce titre, la notion de contenu du contrat était absente du Code civil de 1804, mais a été développée en doctrine, laquelle n'en a pas donné une définition suscitant l'adhésion du droit positif. Puis l'ordonnance du 10 février 2016 a consacré la notion, sans la définir. Plus précisément, il existe diverses notions pour appréhender le contenu et la forme d'un consentement et du contrat, dont il faut étudier l'explication (**Titre I**) et l'application (**Titre II**).

Titre I. L'explication des notions d'appréhension du contenu et de la forme du contrat

10. La doctrine utilise diverses notions pour appréhender le contenu d'un contrat (**Chapitre I**), auxquelles nous préférons des notions nouvelles (**Chapitre II**).

Chapitre I. Les notions existantes pour l'appréhension du contenu et de la forme du contrat

11. Les sources existantes appréhendent le contenu d'un contrat, avec des notions classiques (**Section I**) ou modernes (**Section II**).

Section I. Les notions classiques d'appréhension du contenu du contrat

12. Le contenu du contrat a été appréhendé par Pothier avec une distinction tripartite (I) et par la jurisprudence avec une distinction bipartite (II).

I. Les notions de Pothier pour l'appréhension du contenu du contrat

13. Pothier distinguait dans chaque contrat, les choses essentielles, naturelles et accidentelles¹. Or, sa division tripartite a été reprise avec les notions de propriétés², de choses³, d'éléments⁴, ou d'obligations⁵, essentiels, naturels ou accidentels.

14. **Les *essentialia*.** Pour Pothier et d'autres, les éléments essentiels sont ceux qui doivent nécessairement se rencontrer dans un contrat d'un genre déterminé⁶. Sans eux, ce contrat ne peut se former⁷, exister⁸, subsister⁹, et disparaître¹⁰, si bien qu'il n'y a pas de contrat, ou que ce contrat est disqualifié¹¹, car c'est une autre espèce de contrat¹², qui n'a pas le caractère qu'on prétend lui attribuer¹³. Ainsi, pour ces auteurs, dans le contrat de vente, les éléments essentiels sont la chose et le prix, seuls¹⁴, ou accompagnés du transfert de propriété, et même du consentement¹⁵. Or, ces définitions ne convainquent pas.

Primo, une convention peut créer des effets juridiques, qui sont des obligations ou non. Par conséquent, il est préférable de parler d'effets essentiels à un contrat, et non de choses, d'éléments ou d'obligations essentiels à un contrat.

Secundo, ces définitions des *essentialia* ne distinguent pas les deux plans très différents, que sont la définition d'un contrat spécial et la détermination de la complétude d'un consentement. Or, les définitions de Pothier des éléments essentiels se situent seulement sur le

¹ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, Langlet, 1835, n° 5.

² P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, 1836, p. 170.

³ C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. 24, 1870, n° 38 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 342 ; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, 1883, n° 761 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 38 ; J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, th. Paris 1, 1997, LGDJ, 1999, n° 158.

⁴ C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 342 ; T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, 1894, n° 9 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 201 ; F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, 1955, LGDJ, 2014, n° 392 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 15 et s. ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 319.

⁵ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 648.

⁶ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 201.

⁷ C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. 24, 1870, n° 38.

⁸ L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 38 ; T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, 1894, n° 9 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 342.

⁹ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, Langlet, 1835, n° 6 ; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, 1883, n° 761 ; P. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. Aix, 1981, n° 161 et s.

¹⁰ F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, 1955, LGDJ, 2014, n° 392.

¹¹ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 648.

¹² R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, Langlet, 1835, n° 6 ; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, 1883, n° 761 ; P. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. Aix, 1981, n° 161 et s.

¹³ L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 38.

¹⁴ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, Langlet, 1835, n° 6 ; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, 1883, n° 761 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 38 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 201.

¹⁵ C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. 24, 1870, n° 38 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 342.

plan de la définition d'un contrat spécial, mais ne permettent pas de saisir le contenu conditionnant la complétude du consentement, qui peut être celui d'un contrat *sui generis*, ne caractérisant aucun contrat.

Tertio, ces définitions des *essentialia* ne prennent pas en considération deux niveaux sur le plan de la détermination de la complétude d'un consentement, que sont les effets abstraits et les aspects concrets de ces effets abstraits, aspects dont certains doivent être déterminés.

15. Les *naturalia*. Selon Pothier et d'autres, les éléments naturels du contrat sont présents dans ce dernier, de plein droit¹, tacitement², par présomption³, sans que les parties aient besoin de s'en expliquer⁴, parce que ceux-ci découlent du type de contrat⁵, et sont sous-entendus par la loi ou l'usage⁶, même si ces *naturalia* peuvent être écartés par les parties, sans que le contrat ne perde son existence, sa qualification⁷. Par exemple, sont présentées comme des éléments naturels de la vente, l'obligation de garantie⁸, ainsi que les règles régissant le risque⁹, alors que la responsabilité du preneur en cas d'incendie de la chose louée est présentée comme un élément naturel du louage de chose¹⁰. Or, selon nous, ces éléments naturels d'un contrat spécial sont des règles et obligations créées par la loi pour régir ce contrat, sans faire partie du contenu contractuel. Néanmoins, les parties peuvent réduire ou exclure l'application de ces règles et obligations légales par une clause.

16. Les *accidentalialia*. D'après Pothier et d'autres, les éléments accidentels ne sont pas de la nature du contrat, mais y sont renfermés par une clause particulière ajoutée au contrat¹¹ :

¹ C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 342 ; T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, 1894, n° 9.

² L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 38.

³ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 648.

⁴ C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. 24, 1870, n° 3 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 38 ; T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, 1894, n° 9.

⁵ F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, 1955, LGDJ, 2014, n° 33 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 319.

⁶ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, Langlet, 1835, n° 7 ; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, 1883, n° 761 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 38 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 201.

⁷ C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. 24, 1870, n° 3 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 342 ; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, 1883, n° 761 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 201 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 648.

⁸ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, Langlet, 1835, n° 7 ; C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. 24, 1870, n° 3 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 342 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 38 ; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, 1883, n° 761 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 201.

⁹ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, Langlet, 1835, n° 7.

¹⁰ C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. 24, 1870, n° 3 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 38.

¹¹ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, Langlet, 1835, n° 8 ; C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. 24, 1870, n° 3 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 342 ; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, 1883, n° 761 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 39 ; T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, 1894, n° 9 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 202 ; F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, 1955, LGDJ, 2014, n° 33 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 19 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 319 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 648.

ils sont en nombre infini¹, résultent toujours de la modification ou de la suppression des éléments naturels², et surtout n'emportent pas disqualification du contrat³. Par exemple, les éléments naturels englobent le terme suspensif⁴, la condition suspensive⁵, la possibilité d'un paiement du prix en plusieurs fois⁶, ou la clause de garantie de la solvabilité du débiteur dans la cession de créance⁷. Or, ces auteurs englobent dans la notion d'élément accidentel, des notions insérées dans un consentement par la volonté de son auteur et se situant sur les deux plans très différents que sont la définition d'un contrat spécial et la détermination de la complétude d'un consentement. Par exemple, l'obligation de garantie de la solvabilité du débiteur est un effet accessoire de la cession de créance prévu par la loi. En revanche, le terme suspensif ou la condition suspensive et la clause permettant un paiement du prix en plusieurs fois, constituent des aspects concrets d'un effet abstrait volontairement essentiels à la complétude du consentement.

En définitive, la division tripartite du contenu du contrat élaborée par Pothier ne nous convainc pas. Il en va de même de la distinction bipartite de la jurisprudence.

II. Les notions jurisprudentielles pour l'appréhension du contenu du contrat

17. L'origine. Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1885⁸, la jurisprudence et la doctrine déterminent si un consentement est précis, complet, en étudiant si ce dernier contient les éléments essentiels du contrat, par opposition aux éléments accessoires de celui-ci, dont la présence n'est pas nécessaire, mais qui peuvent devenir essentiels au contrat par la volonté des parties. Cependant nous n'adhérons pas à ces notions.

18. Les éléments essentiels. Un consentement n'est complet ou précis que s'il contient les éléments essentiels du contrat, selon les sources antérieures à l'ordonnance du 10 février 2016, qui reprend cette notion à l'article 1114 du Code civil sans la définir⁹, et pour les écrits

¹ C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. 24, 1870, n° 3 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 39.

² L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 39.

³ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 648.

⁴ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, Langlet, 1835, n° 8 ; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, 1883, n° 761 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 202.

⁵ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 202.

⁶ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, Langlet, 1835, n° 8 ; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, 1883, n° 761.

⁷ C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. 24, 1870, n° 3 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 342 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 39 ; T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, 1894, n° 9.

⁸ Cass. req., 1^{er} déc. 1885 : S. 1887, 1, p. 167 ; *GAJ civ.*, t. 2, 2015, n° 145.

⁹ J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 102 ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 104 ; J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, p. 60 ; A. Coherier, *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, th. Paris, 1939, p. 25 et n° 21 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 18 ; A. Rieg, *La punctuation, Contribution à l'étude de la formation successive du contrat*, Mélanges A. Jauffret, LGDJ, 1974, p. 598 ; P. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans*

postérieurs à celle-ci¹. Ainsi, cela appelle trois remarques de terminologie et de définition.

Primo, ces éléments essentiels sont aussi appelés éléments caractéristiques², ou principaux³, points essentiels⁴, clauses essentielles⁵, conditions capitales⁶, essentielles⁷, ou substantielles⁸, prestations essentielles ou caractéristiques⁹, obligations essentielles du contrat¹⁰, et éléments essentiels à la validité¹¹, ou nécessaires à la formation¹².

Secundo, ces éléments essentiels du contrat ont été définis comme ceux caractérisant un contrat spécial : ce sont les éléments entrant dans la définition du contrat¹³, qui font la

les contrats, th. Aix, 1981, n° 140 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 65 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 109 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 235 et s. ; P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La doc. fr., 2006, article 1105-1 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 83 ; F. Terré, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008, art. 15 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 18 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 844 ; *Lamy Droit du contrat*, 2013, n° 135-7 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 109 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 69 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 49 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 57 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 119 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 133 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 742 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 246 ; *GAJ civ.*, t. 2, 2015, n° 145 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 140 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 465 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 74.

¹ Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 19 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 21 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 166 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 60 et s. ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 122-101 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 40 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 73 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 17 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 50 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 83 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 22 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1033 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 279 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 169 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 51 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 413 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 139 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 71 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 207 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 132 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 74 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 199.

² A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 259.

³ J.-M. Mousseron, *La durée dans la formation du contrat*, dans *Mélanges A. Jauffret*, LGDJ, 1974, p. 518.

⁴ V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 110 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 582 ; A. Rieg, *La punctuation, Contribution à l'étude de la formation successive du contrat*, *Mélanges A. Jauffret*, LGDJ, 1974, p. 598 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 70 ; *GAJ civ.*, t. 2, 2015, n° 145.

⁵ G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 109 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 132.

⁶ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 132.

⁷ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 52 et s.

⁸ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 80.

⁹ A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 235.

¹⁰ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 222.

¹¹ C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 67 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 52.

¹² D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187.

¹³ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 288 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 319 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 83 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 109 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 133 ; *GAJ civ.*, t. 2, 2015, n° 145 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-9 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 166.

spécificité objective du type de contrat choisi¹, en fonction de la nature du contrat dont la nature est envisagée², qui impriment à un contrat sa coloration propre³, les éléments centraux spécifiques qui traduisent l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser⁴. Sans ces éléments essentiels, le contrat ne peut être caractérisé⁵, subsister⁶, il est impossible de concevoir le contrat envisagé⁷, d'identifier la convention conclue⁸. Ainsi, pour la doctrine en matière de vente⁹, sont des éléments essentiels¹⁰, la chose¹¹, et le prix¹². Aussi, sont des éléments essentiels au bail, la chose louée et le montant du loyer¹³, à l'exclusion de la date de

¹ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 53 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 413 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 74.

² *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 40.

³ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 109 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 166.

⁴ P. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. Aix, 1981, n° 162 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 319 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 109 ; *GAJ civ.*, t. 2, 2015, n° 145 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-9 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 166 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 169.

⁵ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 109 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 166.

⁶ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, Langlet, 1835, n° 6 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 234 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 109 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V^o *Consentement*, avr. 2007, n° 83 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-9 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 199 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 169 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 140.

⁷ P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 72.

⁸ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 52.

⁹ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 53 ; A. Rieg, *La punctuation, Contribution à l'étude de la formation successive du contrat, Mélanges A. Jauffret*, LGDJ, 1974, p. 598 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 62 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 238 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 80 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V^o *Consentement*, avr. 2007, n° 85 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 18 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 263 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-11 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 726 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 69 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 109 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 133 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 119 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 246 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 49 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 742 ; *GAJ civ.*, t. 2, Dalloz, 2015 n° 145 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 74 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 465 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 166 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 73 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 67 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 17 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 50 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1033 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 279 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 169 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 87 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 52 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 413 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 140 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 74 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 199.

¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 26 nov. 1962, n° 60-11 634 : Bull. civ. I, n° 504.

¹¹ Cass. req., 24 avr. 1929 : DH 1929, p. 283 ; Cass. com., 9 mai 1961 : Bull. civ. III, n° 197 ; Cass. 3^e civ., 3 janv. 1979, n° 77-13.075 : Bull. civ. III, n° 4 ; Cass. 3^e civ., 15 févr. 1984, n° 82-15.465 : Bull. civ. III, n° 41.

¹² Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 1963 : Bull. civ. I, n° 32 ; RTD civ. 1963, p. 364, obs. G. Cornu ; Cass. 3^e civ., 4 janv. 1973, n° 70-14.269 : Bull. civ. III, n° 21 ; CA Paris, 29 janv. 1996 : Defrénois, 30 nov. 1996 n° 22, p. 1360, obs. D. Mazeaud.

¹³ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 54 ; A. Rieg, *La punctuation, Contribution à l'étude de la formation successive du contrat, Mélanges A. Jauffret*, LGDJ, 1974, p. 598 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V^o *Consentement*, avr. 2007, n° 85 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 18 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 109 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-13 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 69 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La*

début de celui-ci selon la jurisprudence¹.

Tertio, des auteurs définissent ces éléments essentiels par référence à l'objet de l'obligation².

19. Les éléments accessoires. Les sources existantes considèrent qu'il n'est pas nécessaire, afin que le consentement soit précis ou complet, que celui-ci contienne les éléments accessoires du contrat³. Aussi, ces derniers sont appelés éléments secondaires⁴, accidentels⁵, adventices⁶, points accessoires⁷, ou secondaires⁸, modalités⁹, conditions accessoires¹⁰. Or, ils sont définis comme n'étant pas des éléments essentiels. Par exemple, sont accessoires à la vente, la date¹¹, ou les modalités de paiement du prix¹², la date de prise de possession du bien¹³, ou la rédaction d'un acte notarié¹⁴. Néanmoins, ces sources

formation du contrat, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 844 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 133 ; *GAJ civ.*, t. 2, Dalloz, 2015, n° 145 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 74 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 73 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 166 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 17 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 169 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 87 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 140 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 78 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 199.

¹ Cass. 3^e civ., 28 oct. 2009, n° 08-20.224 : Bull. civ. III, n° 237 ; Dalloz actu., 12 nov. 2009, G. Forest ; JCP 2009, 574, n° 8, obs. G. Loiseau ; AJDI 2010, p. 301, F. de la Vaissière ; RDC 2010, p. 676, C. Grimaldi ; Gaz. Pal. 2010, 7, jurispr. p. 19, D. Houtcieff.

² J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 74 et 75 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 844 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, éd. F. Lefebvre, 2016, n° 194 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 140.

³ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 66 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 109 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 726 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 742 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 67 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 22 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1033 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 74.

⁴ J.-M. Mousseron, *La durée dans la formation du contrat*, *Mélanges A. Jauffret*, LGDJ, 1974, p. 518 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, p. 257 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 222 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Consentement, avr. 2007, n° 86 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 132.

⁵ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 140.

⁶ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 222.

⁷ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 582 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 328 et 401 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 726 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 109 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-17 ; *GAJ civ.*, t. 2, 2015, n° 145 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 166.

⁸ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 585 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 725 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 155 ; *GAJ civ.*, t. 2, 2015, n° 145.

⁹ A. Rieg, *La punctuation, Contribution à l'étude de la formation successive du contrat*, *Mélanges A. Jauffret*, LGDJ, 1974, p. 598 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 80 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Consentement, avr. 2007, n° 86 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 18 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 18 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 279.

¹⁰ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 80 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 155.

¹¹ Cass. 3^e civ., 2 mai 1978 : D. 1979, p. 317, note J. Schmidt ; JCP 1980, II, 19482, note P. Fieschi-Vivet.

¹² Cass. 1^{re} civ., 26 oct. 1964 : Bull. civ. I, n° 470 ; Cass. com., 16 avr. 1991, n° 89-20.697 : Bull. civ. IV, n° 148 ; JCP G 1992, II, 21871, note M.-O. Gain ; RTD civ. 1992, p. 78, obs. J. Mestre.

¹³ Cass. 3^e civ., 2 mai 1978 : D. 1979, p. 317, note J. Schmidt ; JCP 1980, II, 19482, note P. Fieschi-Vivet.

¹⁴ Cass. 3^e civ., 14 janv. 1987, n° 85-16.306 : D. 1988, p. 80, note J. Schmidt ; Cass. 3^e civ., 20 déc. 1994, n° 92-20.878 : Bull. civ. III, n° 229 ; JCP 1995, II, 22491, note C. Larroumet ; JCP N 1996, II, 501, note D. Mainguy ; D. 1996, somm. p. 9, obs. O. Tournafond ; Cass. civ. 3^e, 28 mai 1997, n° 95-20.098 : Bull. civ. III, n° 123 ; Contrats, conc. consom. 1997, comm. 131, obs. L. Leveneur ; LPA, 6 avr.

reconnaissent la possibilité de faire d'un élément normalement accessoire, un élément essentiel du contrat. Ainsi, ces éléments devenant essentiels au contrat par la volonté sont qualifiés très diversement : éléments, points ou données subjectivement essentiels par opposition aux éléments objectivement essentiels¹ ; éléments essentiels en considération de la volonté, en parallèle des éléments essentiels en considération de la nature du contrat² ; éléments constitutifs³, ou déterminants⁴ ; conditions déterminantes du consentement⁵, ou substantielles⁶. Par exemple, une volonté de conclure un contrat d'échange peut contenir une obligation de paiement d'une soulte comme élément essentiel au contrat par la volonté⁷.

20. L'analyse. Quatre raisons empêchent d'adhérer à ces notions.

Primo, un contrat crée des effets juridiques, qui peuvent être des obligations ou non, donc son contenu ne se réduit pas à des éléments, points, clauses, conditions, prestations ou obligations. *Secundo*, ces sources ne distinguent pas deux plans que sont la définition d'un contrat spécial et la détermination de la complétude d'un consentement. Or, les définitions précitées des éléments essentiels, comme ceux qui doivent être contenus dans le consentement afin que ce dernier soit précis ou complet, et qui caractérisent un contrat donné, comme la vente, ne permettent pas de saisir ce qui conditionne la complétude du consentement à un contrat *sui generis*, comme la doctrine l'a souligné⁸. En conséquence, l'erreur commise est d'utiliser ici

1998, n° 41, p. 17, note C.-H. Gallet ; D. 1999, somm. p. 11, obs. P. Brun ; Cass. 3^e civ., 19 juin 2012, n° 10-22906 et 10-24222 : RDC 2013, p. 53, obs. É. Savaux.

¹ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 585 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 71 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 392 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 726 et 867 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 15^e éd., 2016, n° 1005 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-17 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1033 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 141 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 74.

² J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 71 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, *Economica*, 7^e éd., 2014, n° 251 ; *GAJ civ.*, t. 2, 2015, n° 145.

³ Cass. 3^e civ., 2 mai 1978 : inédit ; D. 1979, p. 317, note J. Schmidt ; JCP 1980, 2, 19482, note P. Fieschi-Vivet ; Cass. 3^e civ., 14 janv. 1987, n° 85-16.306 : inédit ; D. 1988, p. 80, note J. Schmidt-Szalewski ; Cass. com., 16 avr. 1991, n° 89-20.697 : Bull. civ. IV n° 148 ; JCP 1992, 2, 21871, note M. Gain ; RTD civ. 1992, p. 79, obs. J. Mestre ; Cass. 3^e civ., 20 déc. 1994, n° 92-20.878 : Bull. civ. III, n° 229 ; JCP 1995, 2, 22491, note C. Larroumet ; JCP N 1996, 2, 501, note D. Mainguy ; D. 1996, somm. 9, obs. O. Tournafond ; Cass. 3^e civ., 28 mai 1997, n° 95-20.098 : Bull. civ. III, n° 123 ; Contrats, conc. consom. 1997, comm. 131, obs. L. Leveneur ; LPA, 6 avr. 1998, n° 41, p. 17, note C.-H. Gallet ; D. 1999, somm. 11, obs. P. Brun ; Cass. civ. 3^e, 28 mai 1997, n° 95-17.953 : Bull. civ. III, n° 116 ; Contrats, conc. consom. 1997, comm. 131, obs. L. Leveneur ; LPA, 6 avr. 1998, n° 41, p. 17, note C.-H. Gallet ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 18.

⁴ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 62 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 726.

⁵ P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 159 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 434.

⁶ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 288 et 294.

⁷ Cass. 3^e civ., 27 nov. 1984 : Bull. civ. III, n° 200.

⁸ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 63 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 109 ; *GAJ civ.*, t. 2, 2015, n° 145 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 199 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 166 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 87.

sur le plan de la détermination de la complétude d'un consentement, la notion d'élément essentiel et ses définitions données depuis Pothier, alors que ces dernières conviennent au seul plan de la définition d'un contrat spécial.

Tertio, ces sources ne permettent pas de distinguer, sur le plan de la détermination de la complétude d'un consentement, les deux niveaux que sont les effets abstraits et les éléments concrets de ces effets, dont certains doivent être déterminés.

Quarto, ces notions n'englobent pas la forme du consentement, alors que celle-ci peut conditionner la complétude du consentement.

Ainsi, les notions classiques d'appréhension du contenu du contrat n'emportent pas notre suffrage ; il en va de même des notions modernes d'appréhension de ce contenu.

Section II. Les notions modernes d'appréhension du contenu du contrat

21. Le contenu du contrat a été appréhendé avec des concepts innovants, les uns comportant un plan (I), les autres distinguant deux plans (II).

I. Les notions modernes d'appréhension du contenu du contrat sur un plan

22. L'obligation essentielle. Au XX^e siècle, le contenu du contrat a été appréhendé par l'obligation ou la prestation essentielle.

Dans un premier temps, il faut synthétiser les définitions de ces notions.

D'une part, furent évoquées la prestation objet du contrat¹, l'obligation principale ayant pour objet la prestation essentielle², l'obligation fondamentale exprimant la cause catégorique d'un contrat³, la prestation caractéristique du contrat qui est une prestation objective réelle et un résultat attendu du contrat⁴, ou l'obligation essentielle⁵. Or, selon les auteurs utilisant ces notions, celles-ci permettent la caractérisation, la qualification et la catégorisation du contrat, organisent l'économie du contrat, et permettent la réalisation des éléments objectifs primaires du contrat. Ainsi, dans le contrat à titre onéreux, cette obligation essentielle est l'obligation différente de celle de payer un prix ; par exemple, c'est l'obligation de transférer la propriété dans la vente, ou l'obligation de faire jouir d'une chose dans le bail.

¹ G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 4^e éd., 1952, n° 241.

² J.-F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, th. Bordeaux, 1966, LGDJ, 1969, p. 31.

³ P. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. Aix, 1981, n° 174, 175, 180 et 185.

⁴ M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, th. Paris I, 2000, *Economica*, 2002, n° 167, 195, 287 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 302 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 355.

⁵ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, éd. F. Lefebvre, 2016, n° 303 et 304.

D'autre part, afin de mettre à l'écart des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité contractuelle en présence d'une faute lourde, sont apparues en jurisprudence les notions d'obligation essentielle¹, ou fondamentale². Surtout, en 1996, avec la jurisprudence Chronopost, la clause limitant la responsabilité contractuelle de la société Chronopost pour inexécution de son obligation essentielle de livraison rapide, au montant de l'obligation de paiement d'un prix par le client, devait être réputée non écrite, sinon l'obligation de paiement du prix était privée de sa cause-contrepartie³. Enfin, la jurisprudence fut consacrée par l'ordonnance de 2016, à l'article 1170 du Code civil, selon lequel toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle est réputée non écrite.

Dans un second temps, il faut analyser ces constructions. Certes, elles sont intéressantes en ce qu'elles appréhendent le contenu du contrat en évoquant des obligations ou prestations, et non seulement des éléments comme le font les notions classiques. Néanmoins, elles n'emportent pas notre adhésion afin de déterminer si un consentement est complet, ou pour définir les conditions d'existence d'un contrat spécial, pour deux raisons.

Primo, ces notions ne distinguent pas et ne permettent pas d'appréhender les deux plans très différents que sont la définition d'un contrat spécial et la détermination de la complétude d'un consentement. Plus précisément, ces notions d'obligations et de prestations ne permettent pas d'appréhender le contenu qui définit un contrat spécial. De fait, un contrat étant un acte juridique créateur d'effets de droit, qui peuvent être des obligations ou non, chaque contrat spécial se définit par son contenu, c'est-à-dire les effets qu'il contient, qui ne sont pas seulement des obligations ou des prestations. Enfin, un contrat spécial n'a pas toujours une seule obligation ou une seule prestation le caractérisant : il peut avoir plusieurs effets essentiels. Par exemple, la vente a deux effets essentiels : l'effet translatif de propriété n'est pas plus essentiel, fondamental, principal ou caractéristique que l'obligation de payer un prix. Symétriquement, ces notions ne permettent pas de déterminer si un consentement est précis, complet. De fait, la personne décrivant son consentement à un contrat indique l'effet ou les effets dont la présence dans ce consentement est nécessaire afin que ce dernier soit complet et

¹ Cass. 1^{re} civ., 18 janv. 1984, n° 82-15.103 : Bull. civ. I, n° 27 ; Cass. com., 9 mai 1990, n° 88-17.687 : Bull. civ. IV, n° 142 - Cass. 1^{re} civ., 23 févr. 1994, n° 92-11.378 : Bull. civ. I, n° 76.

² Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 1988, n° 86-18.970 et 87-10.263 : Bull. civ. I, n° 318 ; D. 1989, jurispr. p. 349, obs. P. Delebecque ; RTD civ. 1990, p. 666, obs. P. Jourdain.

³ Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632 : Bull. civ. IV, n° 261 ; D. 1997, p. 121, obs. A. Sériaux ; D. 1997, somm. 175, obs. P. Delebecque ; JCP 1997, I, 4025, obs. G. Viney ; JCP 1997, I, 4002, obs. M. Fabre-Magnan ; JCP 1997, 2, 22881, note D. Cohen ; RTD civ. 1997, p. 418, obs. J. Mestre ; Contrats, conc. consom. 1997, n° 24, obs. L. Leveneur ; Defrénois 1997, p. 333, note D. Mazeaud ; D. 1997, p. 145, chron. C. Larroumet ; D. affaires 1997, p. 235, chron. P. Delebecque ; JCP 1998, I, 152, chron. J.-P. Chazal ; RTD civ. 1998, p. 213, obs. N. Molfessis.

que le contrat soit conclu. C'est pourquoi les notions d'obligation fondamentale, principale, essentielle, et de prestation essentielle ou caractéristique, qui renvoient à l'unicité d'obligation, ne peuvent appréhender les effets essentiels à la complétude du consentement. *Secundo*, ces notions ne distinguent pas clairement les deux niveaux au plan de la détermination de la complétude d'un consentement, que sont les effets abstraits et les aspects concrets de ces effets, devant pour certains être déterminés. Toutefois, la thèse de Mme Ancel distingue deux temps dans la fixation de la prestation caractéristique, avec la phase de qualification, puis celle de détermination des modalités substantielles de la prestation caractéristique¹. Pourtant, elle considère que seules les modalités substantielles de la prestation caractéristique doivent être déterminées, ce qui n'emporte pas notre adhésion, étant donné que tous les effets abstraits essentiels à la complétude doivent toujours avoir leurs éléments concrets essentiels à cette complétude déterminés par application de la théorie de l'objet de l'obligation.

23. Les obligations essentielles. Le deuxième groupe de notions modernes d'appréhension contenu du contrat est constitué des obligations essentielles.

Premièrement, M. Philippe Jestaz innova dans un article de 1985, en affirmant que les obligations fondamentales peuvent l'être par nature ou par la volonté et ne sont pas toujours une seule par contrat, la vente contenant deux obligations fondamentales de transférer la chose et de payer². Or, l'idée d'absence d'unicité d'obligation fondamentale est intéressante sur le plan de la définition d'un contrat spécial, car le contenu d'un contrat ne se limite pas toujours à un effet. De plus, cette idée est aussi pertinente sur le plan de la détermination de la complétude d'un consentement, car le contenu conditionnant la complétude comporte souvent plus d'un effet. En revanche, l'idée selon laquelle une obligation peut être fondamentale par nature ou par volonté ne peut emporter l'adhésion. D'une part, la volonté des cocontractants ne joue pas de rôle dans la détermination des effets essentiels à un contrat spécial. D'autre part, seule la volonté détermine les effets conditionnant la complétude d'un consentement.

Deuxièmement, selon la thèse de Mme Cardoso-Roulot, le contrat est formé par l'accord abstrait sur les obligations essentielles d'un contrat spécial défini par la loi, sans qu'il n'existe de contrat totalement maîtrisé et *sui generis*. Ainsi, ces obligations sont envisagées sur le plan de l'existence et de la définition d'un contrat spécial, sont abstraites,

¹ M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, th. Paris 1, 2000, *Economica*, 2002, n° 287 et s.

² P. Jestaz, *L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale*, dans Mél. Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, p. 273 et s.

s'apprécie indépendamment des circonstances et peuvent être multiples dans un contrat spécial¹. Or, cette thèse est intéressante car elle évoque l'obligation essentielle à un contrat spécial, sans imposer d'unicité de cette obligation puisqu'un contrat peut en contenir plusieurs. De plus, ces obligations essentielles sont abstraites, en ce sens qu'elles sont toujours identiques pour un contrat spécial. Néanmoins, nous n'adhérons pas à cette construction pour deux raisons.

La première raison est que celle-ci ne distingue pas les deux plans que sont la définition d'un contrat spécial et la détermination de la complétude d'un consentement. De fait, elle considère qu'il n'y a pas de contrat totalement maîtrisé, *sui generis*, et donc que le contenu du contrat dont la conclusion est recherchée par un consentement est forcément celui d'un contrat spécial, si bien qu'il n'y a pas lieu dans sa logique de distinguer ces deux plans. Or, en vertu de la liberté contractuelle, une personne manifestant une volonté de contracter détermine les effets qui seront contenus dans son contrat et qui ne sont pas nécessairement ceux d'un contrat spécial, car ces effets peuvent être originaux s'il s'agit d'un contrat *sui generis*.

La seconde raison est que cette thèse ne distingue pas au plan de la détermination de la complétude d'un consentement, les deux niveaux que sont les effets abstraits et les éléments concrets essentiels à la complétude. Certes, elle considère que la conclusion du contrat résulte d'un accord de volontés sur les obligations essentielles, qui sont abstraites. Toutefois, elle n'exige pas d'accord de volontés sur des éléments concrets de ces obligations essentielles. Pourtant, un consentement est complet ou précis s'il contient les effets abstraits et les éléments concrets essentiels à la complétude.

24. L'objet du contrat. La troisième notion moderne d'appréhension du contenu du contrat est la notion d'objet du contrat, afin d'étudier sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs², son équilibre³, ou pour classer les contrats spéciaux⁴. Cependant, pour certains auteurs cette notion est impropre⁵, inutile⁶, vaine⁷, ou confuse⁸.

¹ N. Cardoso-Roulot, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, th. Dijon, 2006, L'Harmattan, 2008, n° 14 à 17 et 700.

² H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 231 et 244 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 265 et 310 et s. ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 157 et s. ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 150.

³ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 265 et 301 et s. ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 157 et s.

⁴ J.-F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, th. Bordeaux, 1966, LGDJ, 1969, p. 31.

⁵ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 89 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 571.

⁶ C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 381 et s. ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 249.

⁷ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 370.

⁸ J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 234.

Primo, l'objet du contrat a ponctuellement été défini comme le contenu du contrat constitué d'obligations¹. Or, ce contenu n'est pas constitué seulement d'obligations, car il peut être constitué d'effets juridiques ne constituant pas des obligations.

Secundo, l'objet du contrat a été défini le plus souvent comme l'objectif juridique des parties ou l'opération juridique envisagée dans son ensemble². Plus précisément, selon certains auteurs, l'objet du contrat serait appréhendé sans distinction à l'intérieur de son contenu³, ou par l'agencement des obligations⁴. Toutefois, l'appréhension des effets du contrat et de l'articulation de ces derniers par les liens existant entre eux, qui constituent à nos yeux le contenu du contrat, ne permet pas de définir un objectif ou une opération juridique, lesquels sont des notions trop floues, au contraire des effets juridiques.

Tertio, l'objet du contrat a été entendu comme la prestation essentielle⁵, l'objet de l'obligation principale⁶, et caractéristique⁷, qui sont des notions que nous avons écartées.

Quarto, l'objet du contrat a été défini par la notion d'économie du contrat pris dans son ensemble⁸, mais nous n'utiliserons pas cette notion insaisissable, justement critiquée⁹, même lorsque l'économie est définie comme l'organisation des parties d'un ensemble¹⁰.

Quinto, l'objet du contrat a été saisi comme une finalité¹¹, ce qui se rapproche trop du but de l'acte juridique selon l'article 1162 du Code civil.

Finalement, cette notion d'objet du contrat a été justement abandonnée par l'ordonnance du 10 février 2016, au profit de celle de contenu du contrat.

25. Le contenu du contrat. La quatrième notion moderne d'appréhension du contenu du contrat est précisément cette expression, que la doctrine utilisait ponctuellement avant l'ordonnance du 10 février 2016, laquelle l'a consacrée, sans la définir, à l'article 1128 du Code civil exigeant un contenu licite et certain.

¹ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 571 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, n° 54.

² H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 231 et 244 ; A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, th. Nantes, 2004, LGDJ, 2005, n° 694 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 175 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 833 et 835 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 601.

³ C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 381 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 265.

⁴ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 301 et s.

⁵ G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 4^e éd., 1952, n° 241.

⁶ J.-F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, th. Bordeaux, 1966, LGDJ, 1969, p. 31.

⁷ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 596 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 2^e éd., 2016, n° 370.

⁸ A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 141 et 156 et s.

⁹ J. Moury, *Une embarrassante notion : l'économie du contrat*, D. 2000, chron. p. 382.

¹⁰ É. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, t. 2, Hachette, 1874, p. 1288.

¹¹ B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 150.

Primo, ce contenu du contrat a été défini par l'obligation essentielle¹, que nous avons écartée. *Secundo*, avant l'ordonnance du 10 février 2016, le contenu du contrat a été défini par référence à l'objet et à la cause², et depuis il l'a été par recours à la notion d'objet de l'obligation et de contrepartie de l'obligation³. Or, la notion d'objet de l'obligation ne concerne qu'un aspect de l'obligation : la chose, l'action ou l'inaction sur laquelle l'obligation porte. Par ailleurs, la notion de cause de l'obligation renvoyait à des réalités diverses internes ou externes au contenu du contrat⁴. Ainsi, ces notions de cause et d'objet de l'obligation ne permettaient pas de saisir tout le contenu d'un contrat et rien que ce contenu. *Tertio*, la notion de contenu du contrat était aussi définie comme l'ensemble des obligations créées par le contrat⁵, un concept souple permettant une nouvelle lecture du contrat et englobant les obligations, clauses et stipulations⁶, ou l'ensemble des effets juridiques découlant de l'accord de volontés comportant les obligations convenues entre les parties, ou ajoutées par la loi, l'usage et l'équité, les prérogatives contractuelles ou autres droits potestatifs, et plus généralement tout effet juridique découlant de la convention, comme une clause attributive de compétence⁷. Cependant, nous pensons que le contenu d'un contrat spécial, au plan de sa définition, doit être appréhendé par les notions d'effets essentiels et accessoires à son existence, ainsi que par les liens existant entre eux. Parallèlement, au plan de la détermination de la complétude d'un consentement, son contenu doit être saisi par les notions d'effets abstraits et d'éléments concrets essentiels à la complétude : les clauses et stipulations contractuelles sont des notions pratiques qu'il faut traduire, soit en effet abstrait essentiel à la complétude, comme l'est la clause attributive de compétence, soit en élément concret d'un tel effet, comme l'est la clause limitative de responsabilité pour inexécution d'une obligation dont elle est un élément concret. Par ailleurs, les obligations ajoutées par la loi, l'usage ou l'équité ne sont pas dans le contenu du contrat. Aussi, les prérogatives contractuelles et les droits potestatifs sont des effets juridiques, dont un exemple est l'option

¹ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, éd. F. Lefebvre, 2016, n° 303 et 304.

² F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 264 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 140 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 245 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 833 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 148 et s.

³ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 2019, 5^e éd., n° 594 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1287 et s. ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 366 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 159.

⁴ Voir ci-dessous n° 82 et s.

⁵ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, 6^e éd., Litec, 1998, n° 572.

⁶ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1287 et s.

⁷ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 323.

de la promesse unilatérale de l'article 1124, qui est un effet de conclusion du contrat¹.

Ainsi, le contenu du contrat a été appréhendé avec des concepts innovants qui n'ont qu'un plan. À l'inverse, le contenu du contrat a été aussi appréhendé par M. Molfessis avec des notions innovantes, distinguant deux plans.

II. Les notions modernes d'appréhension du contenu du contrat sur deux plans

26. La synthèse de la distinction. M. Molfessis saisit les éléments du contrat en distinguant deux plans, de qualification et de conclusion. Plus précisément il distingue, d'une part, les éléments essentiels à la formation du contrat, qui doivent faire l'objet d'un accord de volontés des parties afin que le contrat soit valablement formé, et d'autre part, les éléments essentiels à la qualification d'un contrat, qui caractérisent ce contrat et qui permettent de le distinguer des autres contrats². Ainsi, selon lui, l'article 1114 du Code civil en évoquant les éléments essentiels que doit contenir le consentement afin de constituer une offre, vise les éléments essentiels à la formation. Or, ces derniers s'opposent aux éléments secondaires, lesquels n'ont pas à faire l'objet d'un accord de volontés pour que le contrat soit valablement formé, mais qui peuvent devenir essentiels à la formation par la volonté des parties. Par ailleurs, pour lui, un élément peut être essentiel à la qualification d'un contrat, sans avoir à être déterminé pour la formation de ce contrat. Par exemple le prix, qui est un élément essentiel à la qualification du contrat d'entreprise, n'est pas un élément essentiel à la formation de ce contrat.

27. L'analyse de la distinction. Cette théorie ne nous convainc pas.

Premièrement, la distinction des deux plans que sont la qualification d'un contrat et la formation d'un contrat, est intéressante dans son principe. En effet, il existe le plan de définition des conditions d'existence d'un contrat spécial, qui ne doit pas être appelé le plan de la qualification, car la qualification est la mise en œuvre de ces conditions d'existence à un contrat conclu et constitue un seul aspect de ces conditions. Parallèlement, il y a le plan de la complétude d'un consentement qui ne doit pas être appelé le plan de la conclusion du contrat, car la question de cette complétude dépasse la seule question de la formation du contrat : tout instrument précontractuel se rattache à un consentement complet ou incomplet. Or, en vertu du principe de liberté contractuelle, le contrat à la conclusion duquel tend un consentement

¹ Voir ci-dessous n° 147 et s.

² U.S. District Court, Northern District of California, San Jose division : *Declaration of professor Nicolas Molfessis in support of Apple inc.'s opposition to Samsung's motion to dismiss Apple's counterclaims*, Case n° 11-cv-01846 (LHK), 2012, n° 14 et s. ; JCP G 2015, supplément au n° 21, *La formation du contrat - Articles 1111 à 1129*, N. Molfessis, p. 10.

peut être un contrat *sui generis*, qui a un contenu original. En conséquence, dans ce cas, le contenu qui est essentiel à la complétude, n'est pas constitué du contenu essentiel à la qualification d'un contrat.

Deuxièmement, n'emportent pas notre suffrage les définitions de la notion d'élément essentiel à la qualification et de l'élément essentiel à la formation. Plus précisément, un contrat est un acte juridique créateur d'effets juridiques, qui peuvent être des obligations ou non, mais qui ne sont pas réductibles à des éléments.

Troisièmement, la construction de M. Molfessis ne distingue pas au plan de la complétude d'un consentement, les niveaux des effets abstraits et des éléments concrets essentiels à cette complétude. Pourtant, cette distinction est fondamentale, car elle seule permet de comprendre la raison pour laquelle le prix peut ne pas être déterminé lors de la formation du contrat d'entreprise, alors que ce dernier comporte forcément un prix. De fait, le contrat d'entreprise a deux effets essentiels à son existence, qui sont une obligation de réaliser une prestation avec indépendance, ainsi qu'une obligation de paiement d'un prix. Cependant, le montant de ce prix, élément concret de l'obligation de paiement du prix, n'a pas à être déterminé lors de la conclusion du contrat en vertu de la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, reprise par l'article 1165 du Code civil, car cette détermination obligatoire a été jugée politiquement inopportune et techniquement inutile. En conséquence, nous n'adhérons pas à l'idée selon laquelle un élément peut être essentiel à la qualification d'un contrat, sans être essentiel à sa formation, car il est impossible qu'un élément puisse être nécessaire à la qualification d'un contrat sans être présent au moment sa formation : la qualification d'un contrat se faisant par ce qu'il contient lors de sa conclusion.

Quatrièmement, sa construction n'évoque pas le fait que la forme puisse être essentielle à la complétude d'un consentement.

En définitive, diverses notions ont été élaborées afin de saisir le contenu du contrat, mais elles n'emportent pas notre adhésion. C'est pourquoi nous proposons d'autres notions appréhendant ce contenu du contrat mais aussi sa forme.

Chapitre II. Les notions proposées pour l'appréhension du contenu et de la forme du contrat

28. Nous distinguons parmi les notions permettant de saisir le contenu et la forme des contrats, les notions se situant sur le plan de la définition d'un contrat spécial (**Section I**) et

les notions déterminant la complétude d'un consentement (**Section II**).

Section I. Les notions définissant un contrat spécial

29. Les notions définissant le contenu d'un contrat spécial doivent être expliquées positivement (**I**), puis négativement (**II**).

I. L'explication positive des notions définissant un contrat spécial

30. Nous définissons le contenu d'un contrat spécial par les effets essentiels et accessoires à son existence (**A**), ainsi que par les liens entre ces effets (**B**).

A. Les notions d'effets essentiels et accessoires d'un contrat spécial

31. **L'effet essentiel à un contrat spécial.** Cet effet est un effet caractérisant ce contrat, lequel ne peut exister sans cet effet. *Primo*, cet effet est abstrait. Plus précisément, étant donné qu'un contrat spécial est défini par la loi s'il est nommé, ou par la pratique s'il est innommé et connu, il est défini abstraitement, c'est-à-dire sans prise en compte des considérations propres à un contrat conclu entre des personnes à une date déterminée. *Secundo*, cet effet essentiel peut être une obligation, ou un effet juridique ne constituant pas une obligation. *Tertio*, un contrat spécial pour avoir un ou plusieurs effets essentiels.

32. **L'effet accessoire à un contrat spécial.** Cet effet peut être ajouté à l'effet essentiel ou aux effets essentiels de ce contrat spécial, sans que sa présence n'ait de conséquence sur la qualification du contrat et sans que son absence n'ait de conséquence sur l'existence de ce contrat spécial. Or, il présente les mêmes caractéristiques que l'effet essentiel à un contrat spécial. En effet, cet effet accessoire est abstrait, car il est défini par les sources du droit, sans prendre en compte une situation particulière d'un contrat concret. Aussi, il peut être soit une obligation, soit un effet juridique ne constituant pas une obligation. Enfin, il n'y a pas forcément unicité d'effet accessoire d'un contrat.

Ainsi, le contenu d'un contrat spécial doit être saisi par les notions d'effets essentiels et accessoires à son existence. Néanmoins, ces deux notions sont insuffisantes.

B. Les liens entre effets essentiels et accessoires d'un contrat spécial

33. **L'explication du lien entre effets.** Il apparaît que deux contrats spéciaux peuvent avoir les mêmes effets juridiques, avec des liens différents.

D'abord, des exemples peuvent être donnés afin d'illustrer cela.

Le premier est un contrat avec une obligation de payer une somme d'argent à la charge de B

au profit de A et une obligation de faire à la charge de A au profit de B. Or, si ces deux effets sont unis par un lien d'onérosité, il s'agit d'un contrat d'entreprise, alors que si ces effets sont unis par un lien de gratuité, il s'agit d'une donation avec une charge.

Le second exemple est un contrat avec deux effets translatifs de propriété d'une chose par chacune des parties A et B, ainsi qu'une obligation de paiement d'une somme d'argent à A à la charge de B. Dès lors, si l'effet translatif de propriété d'une chose à A par B est uni à l'effet translatif de propriété d'une chose à B par A, par un lien d'onérosité, deux hypothèses sont à distinguer : soit l'obligation de paiement d'une somme d'argent à A à la charge de B est unie à l'effet translatif de propriété d'une chose à B par A, par un lien d'onérosité, auquel cas le contrat est un contrat d'échange avec soulte ; soit l'obligation de paiement d'une somme d'argent à A à la charge de B n'est pas unie à l'effet translatif de propriété d'une chose à B par A, auquel cas le contrat est un contrat complexe contenant un échange et une donation de somme d'argent.

Ensuite, apparaît l'importance de la notion permettant d'établir l'inexistence, ou l'existence et la nature de gratuité ou d'onérosité, du lien entre les effets d'un contrat spécial. De façon générale, le lien entre les effets d'un contrat spécial, essentiels ou accessoires à son existence, permet de comprendre l'articulation entre ceux-ci au plan de la définition de ce contrat spécial. En particulier, ce lien permet de distinguer les contrats contenus dans un contrat complexe, car chacun des contrats que ce dernier contient possède un effet ou des effets unis, mais sans lien avec ceux des autres contrats contenus dans ce contrat complexe.

34. L'application du lien entre effets. Il faut envisager l'existence ou l'inexistence des liens entre les effets de quelques contrats spéciaux.

D'abord, l'effet translatif de propriété d'une chose est un effet essentiel à plusieurs contrats. Il est un effet essentiel de la donation, soit sans lien avec un autre effet, soit avec un lien de gratuité avec une charge constituant un effet accessoire de cette donation. Il est aussi un effet essentiel à la vente, en lien d'onérosité avec une obligation de paiement d'un prix constituant l'autre effet essentiel à celle-ci. Il est encore un effet essentiel de l'échange en lien d'onérosité avec un effet identique constituant l'autre effet essentiel de l'échange et parfois avec une obligation de paiement d'une somme constituant un effet accessoire à l'échange.

Ensuite, l'obligation de faire est un effet essentiel à de nombreux contrats. Ainsi, le contrat d'entreprise a pour effets essentiels, une obligation de faire quelque chose avec indépendance, toujours unie par un lien d'onérosité avec une obligation de paiement d'un prix ; le bail a

deux effets essentiels, une obligation de faire jouir d'une chose, unie par un lien d'onérosité à une obligation de paiement d'un loyer. Aussi, l'obligation de restitution d'une chose est un effet essentiel au prêt à usage sans lien avec un autre effet, et au prêt de consommation dans lequel elle peut être unie par lien d'onérosité avec une obligation de paiement d'intérêts.

En définitive, il faut définir le contenu d'un contrat spécial par les notions d'effets essentiels et accessoires à son existence et par les liens unissant ces effets. En revanche, d'autres notions ne participent pas à cette définition.

II. L'explication négative des notions définissant un contrat spécial

35. Certains effets (A) et les buts (B) ne définissent pas un contrat spécial.

A. Les effets étrangers à la définition d'un contrat spécial

36. Les effets légaux. Les premiers effets n'entrant pas dans la définition des contrats spéciaux sont les effets qui sont attachés à un contrat spécial par la loi.

D'abord, l'effet légal d'un contrat spécial est créé par la loi qui l'a inséré dans le régime légal de ce contrat souvent aux côtés d'autres règles légales. De fait, il est impossible de considérer que cet effet est dans le contenu du contrat spécial conclu, car un contrat est conclu par la rencontre des consentements complets et contient alors les effets voulus. Par exemple, la garantie contre les vices cachés est un effet légal de la vente.

Ensuite, ces effets légaux sont supplétifs de volonté, en ce sens que les personnes concluant un contrat spécial peuvent décider de les écarter ou de les réduire. Plus précisément, elles le font en insérant un effet essentiel à la complétude du consentement, dont l'effet est, soit d'exclure, soit de limiter un effet légal. Par exemple, dans la vente, les parties peuvent exclure ou réduire la garantie contre les vices cachés. Ainsi, les effets légaux d'un contrat spécial participent d'un enrichissement par le législateur des effets d'un contrat spécial, s'inscrivant dans la logique naturelle de ses effets essentiels, mais pouvant être écartés par les parties, car ils ne sont pas de son essence et le contrat spécial existe sans eux.

37. Les effets autres. Les seconds effets n'entrant pas dans la définition des contrats spéciaux sont des effets qui sont insérés par la volonté des parties dans le contenu d'un contrat, sans qu'ils ne soient attachés à ce contrat spécial par la loi. Plus précisément, ces effets ne sont ni essentiels, ni accessoires, ni légaux : ils sont ajoutés aux effets essentiels et accessoires d'un contrat spécial, ou à ceux d'un contrat innommé et original, sans qu'ils n'exercent d'influence sur l'existence et la qualification de ce contrat. Par exemple, la clause attributive de compétence et la clause compromissoire sont des effets juridiques qui ne sont ni

essentiels, ni accessoires, ni légaux. De même, la clause d'exclusivité contractuelle, qui est une obligation de ne pas notifier de consentement à un tiers, peut être insérée dans nombre de contrats sans être essentielle, accessoire ou légale et sans en changer la qualification.

Ainsi, les effets n'entrant pas dans la définition des contrats spéciaux sont attachés à un contrat spécial par la loi sans être insérés dans ce dernier, ou ne sont pas attachés à un contrat spécial mais sont insérés par la volonté dans le contenu du contrat. Parallèlement, les buts de chacune des parties sont indifférents à la définition d'un contrat spécial.

B. Les buts étrangers à la définition d'un contrat spécial

38. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, la motivation d'une partie à un acte juridique était saisie par la notion de cause de l'acte juridique¹ : celle-ci désignait les buts, les mobiles ou les motifs de cette personne. Depuis l'entrée en vigueur de cette ordonnance, cette motivation est saisie par l'article 1162 du Code civil avec la notion de but de l'acte juridique². Or, chaque personne créant un acte juridique, qu'il soit unilatéral ou contractuel, le fait afin d'atteindre un ou plusieurs buts concrets. Par exemple, un entrepreneur partant à la retraite peut conclure un contrat de vente d'un appartement parisien, afin d'obtenir de l'argent pour acheter une maison à Barbizon afin d'y passer sa retraite. Ainsi, la définition d'un contrat spécial, qui se fait de manière abstraite, est nécessairement indifférente aux buts des parties, qui sont concrets, varient en fonction de chaque cas individuel, et sont extérieurs au contenu d'un contrat.

Néanmoins, le but d'un acte juridique peut jouer un rôle dans une qualification que nous appellerons de deuxième niveau, autrement dit une qualification qui se superpose à une première qualification de droit civil des contrats spéciaux. Ainsi, la donation indirecte est une qualification de deuxième niveau se superposant à une première, car elle existe lorsqu'une personne a pour but de réaliser une donation et atteint ce but indirectement en ayant recours à un acte juridique réel, et non fictif, mais différent de la donation, comme le paiement de la dette de son fils majeur par exemple.

¹ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, 6^e éd., Litec, 1998, n° 864 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 267 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, n° 61 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 359 et s. ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 491 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 285 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 187 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 187 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 234 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 178 et s. ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 626.

² B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, éd. F. Lefebvre, 2016, n° 400 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1386 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 378 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 679 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 469 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 185 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 168.

En conclusion, nous saisissons le contenu d'un contrat spécial, au plan de la définition de ce dernier, par les notions d'effets essentiels et accessoires à son existence. Toutefois, ce plan relevant du droit des contrats spéciaux, doit être distingué du plan de la détermination de la complétude d'un consentement.

Section II. Les notions déterminant la complétude d'un consentement

39. Un consentement est complet s'il décrit le contenu du contrat essentiel à sa complétude **(I)** et s'il revêt la forme essentielle à sa complétude **(II)**.

I. Le contenu du contrat essentiel à la complétude d'un consentement

40. Un consentement est complet s'il décrit le contenu du contrat de manière suffisamment détaillée pour que le contrat puisse être conclu et exécuté. Or, il faut distinguer deux niveaux au plan de la complétude d'un consentement : les effets abstraits **(A)** et leurs éléments concrets essentiels à la complétude du consentement **(B)**.

A. Les effets abstraits essentiels à la complétude

41. Afin qu'un consentement soit complet, il doit d'abord contenir l'effet ou les effets abstraits essentiels à la complétude.

D'abord, cet effet est abstrait et donc saisi sans prise en compte des particularités liées à une situation et au contrat voulu. Par conséquent, ce caractère abstrait fait écho au caractère abstrait des effets essentiels ou accessoires à la définition d'un contrat spécial.

Ensuite, cet effet peut être une obligation ou un effet ne constituant pas une obligation.

En outre, il peut exister un seul effet abstrait essentiel à la complétude, mais le plus souvent il y a une pluralité de ces effets.

Aussi, cet effet abstrait peut avoir ou ne pas avoir de lien, d'onérosité ou de gratuité, avec un autre effet abstrait essentiel à la complétude.

Enfin, un effet abstrait essentiel à la complétude est déterminé dans sa nature et son objet par la volonté. Plus précisément, cela est un corrélat de la liberté contractuelle, laquelle est la liberté de manifester ou non un consentement à un contrat et de déterminer le contenu et la forme de ce dernier. Dès lors, la personne manifestant son consentement à un contrat est libre de déterminer l'effet abstrait ou les effets abstraits qui seront contenus dans le contrat au moment de la conclusion et sans lesquels le consentement sera incomplet et ne pourra produire son effet de conclusion du contrat.

Ainsi, le premier niveau de détermination de la complétude d'un consentement est abstrait et constitué d'effets ; le second est concret et constitué d'éléments.

B. Les éléments concrets essentiels à la complétude

42. Il n'est pas indispensable que tous les aspects concrets de chacun des effets abstraits essentiels à la complétude soient déterminés par un consentement, afin que ce dernier soit complet et puisse produire son effet de conclusion pour former un contrat.

Au plan technique, cela n'est pas nécessaire afin que le contrat puisse être conclu et exécuté. En effet, il suffit que seuls les aspects concrets des effets abstraits permettant au contrat d'être exécuté soient déterminés par le consentement. Par exemple, dans la vente, afin que le transfert de propriété puisse s'opérer, il suffit que soient déterminées l'espèce et la quotité de la chose objet de l'effet translatif de propriété de la chose.

Au plan politique, le libéralisme fondant le droit des contrats commande de faciliter la conclusion des contrats et donc de limiter les conditions de conclusion du contrat. Par conséquent, le libéralisme exige que le contrat puisse être conclu sans que ne soient déterminés tous les aspects concrets des effets abstraits essentiels à la complétude.

Or, si parmi les aspects concrets des effets abstraits essentiels à la complétude, seuls certains doivent être déterminés par le consentement afin que ce dernier soit précis ou complet, il faut les qualifier d'éléments concrets essentiels à la complétude, par opposition aux éléments concrets non essentiels à celle-ci. Dès lors, l'élément concret essentiel à la complétude peut se définir comme un aspect concret d'un effet abstrait essentiel à la complétude, qui doit être contenu dans le consentement afin que ce dernier soit complet et puisse produire son effet de conclusion. Plus précisément, il existe toujours des éléments légalement essentiels à la complétude, qui sont le minimum exigé par la loi pour que le consentement soit complet. Néanmoins, simultanément le libéralisme est favorable à la liberté individuelle et à la volonté individuelle, donc il doit permettre à l'auteur d'un consentement d'étendre ce qui est essentiel à la complétude du consentement, en prévoyant l'existence d'éléments volontairement essentiels à la complétude.

En somme, afin qu'un consentement soit complet et puisse produire son effet de conclusion, il faut toujours qu'il décrive le contenu du contrat essentiel à la complétude. Parallèlement, il faut parfois qu'il revête une forme essentielle à la complétude.

II. La forme du contrat essentielle à la complétude d'un consentement

43. **L'explication générale.** Une forme peut conditionner la complétude du

consentement. À ce titre, l'idée minoritaire de « complétude » du consentement englobe à la fois son contenu et sa forme, alors que l'idée majoritaire de « précision » du consentement, n'englobe pas cette forme : nous préférons donc parler de consentement complet, plutôt que de consentement précis. Ainsi, la forme du consentement peut être légalement ou volontairement essentielle à la complétude : la loi peut conditionner la complétude du consentement à un contrat spécial par le recours à une forme et la volonté peut faire de même pour un contrat projeté. En pratique, nous considérons que le meilleur exemple de forme essentielle à la complétude est celui de la remise dans les contrats réels.

44. Les analyses de la remise. Celle-ci est saisie diversement dans les contrats réels.

Primo, la remise est parfois vue comme une condition de validité des contrats réels en général¹, et du don manuel en particulier². Cependant, si la remise était une condition de validité des contrats réels, ces derniers seraient conclus et existeraient sans remise, mais seraient annulables, ce qui n'est pas le cas, car ceux-ci n'existent pas sans remise de la chose.

Secundo, il est souvent affirmé que la remise de la chose s'ajoute à la rencontre des consentements³. Néanmoins, à nos yeux la remise est une forme servant de vecteur aux consentements, donc elle ne s'ajoute pas à la rencontre des consentements mais la précède.

Tertio, la remise est aussi présentée comme une condition de formation du contrat⁴, comme l'affirme l'article 1109 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, qui suggère une différence avec les contrats solennels dont la validité est subordonnée à une forme. À ce titre, des auteurs ont justement vu dans cet emploi du terme formation, une

¹ P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 40 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 129 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 426 ; P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2016, n° 45 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2016, p. 142 ; G. Chantepeie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 139 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 152 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 121 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 429.

² H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 80 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 147 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 65 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 426 ; *GAJ civ.*, t. 2, 13^e éd., 2015, n° 284-285, p. 744 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 429 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 396.

³ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, Langlet, 1835, n° 11 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 216 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 80 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, n° 91 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 147 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 40 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 677 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 304 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 426 ; B. Fages, *Droit des obligations*, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 25 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 958 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 320 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 27.

⁴ P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 65 et 363 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 74 ; G. Chantepeie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 143 et 454 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 396.

exigence de remise dont l'absence entraîne l'inexistence du contrat¹.

Quarto, la remise est ponctuellement saisie comme une condition d'existence des contrats réels², en particulier du don manuel³.

Quinto, la remise est conçue comme ce par quoi le contrat réel naît⁴, se forme⁵.

Ainsi, ces trois dernières séries d'affirmations sont intéressantes. Plus précisément, la remise de la chose est selon nous une condition de conclusion des contrats réels, par opposition aux conditions de validité, de preuve et d'opposabilité : sans cette forme, le consentement à un contrat réel est incomplet et ne peut produire son effet de conclusion.

45. L'absence de remise. Lorsque des consentements à un contrat réel sont manifestés sans remise de la chose, la jurisprudence⁶, et la doctrine⁷, considèrent qu'il y a une promesse de contrat réel, créant une obligation de remise de la chose.

Ainsi, cela réduit fortement l'intérêt de cette catégorie, car sans remise de la chose, le contrat réel n'existe pas, mais il existe un contrat obligé à remettre la chose et à former le contrat réel. Or, cette idée n'emporte pas notre suffrage, car lorsqu'une personne manifeste un consentement à un contrat réel, sans remise de la chose, ce consentement tend à la conclusion d'un contrat comportant les effets essentiels à ce contrat réel, et non les effets essentiels à une promesse de contrat, qui sont différents.

En conséquence, il ne faut pas assimiler le consentement à un contrat réel, sans remise de la chose, à un consentement à une promesse de contrat réel. En revanche, il faut considérer que

¹ N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 74 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 21.61 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 77 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 396.

² M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 320 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 161.

³ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, 6^e éd., LexisNexis, 1998, n° 221.

⁴ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 426 ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 142.

⁵ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, n° 91 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 147 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 18 ; *GAJ civ.*, t. 2, 13^e éd., 2015, n° 284-285, p. 739 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2016, p. 45 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 19 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 152 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 161.

⁶ Cass. 1^{er} civ., 20 juill. 1981, n° 80-12.529 : Bull. civ. I, n° 267 ; Defrénois 1982, art. 32915, n° 45, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1982, p. 427, obs. P. Rémy ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 594 ; *GAJ civ.*, t. 2, 13^e éd., 2015, n° 284.

⁷ R.-J. Pothier, *Traité des contrats de bienfaisance*, Béchet Ainé, 1824, n° 6 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 178 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 217 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 83 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 148 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 304 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 521 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 363 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 18 ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 454 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 77 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 19 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 125 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 152 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 441 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 160.

le consentement est ici incomplet et ne peut produire son effet de conclusion. Par exemple, si des personnes manifestent des consentements à un contrat de prêt de consommation d'une somme d'argent en liquide, sans remise de l'intégralité de cette somme, ces consentements contiennent, l'effet essentiel à ce prêt qu'est l'obligation de restitution de cette somme, et l'effet accessoire de ce prêt qu'est l'obligation de paiement d'intérêts, mais ces consentements sont incomplets en l'absence de cette forme essentielle à la complétude et ne peuvent produire un effet de conclusion. Dès lors, il est impossible de considérer que ces consentements au contrat de prêt de consommation, sans remise de l'argent, ont formé une promesse de contrat de prêt, car ceux-ci ne contiennent pas l'effet essentiel à cette promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant des consentements, qu'est l'obligation de notifier un consentement complet et futur.

En définitive, s'il n'existait pas cette jurisprudence, considérant que les consentements à un contrat réel, manifestés sans remise de la chose, forment une promesse de contrat réel, les contrats réels retrouveraient un intérêt fondamental : l'absence de remise de la chose rendrait les consentements incomplets, lesquels ne formeraient aucun contrat, pas même une promesse de contrat réel, ce qui permettrait de rendre à l'absence de remise, un rôle d'obstacle à la conclusion des contrats réels.

46. La liste des contrats réels. Le nombre des contrats réels a évolué.

Primo, l'article 1919 du Code civil précisait en 1804 et précise dans sa version issue de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, que le dépôt n'est parfait que par la tradition de la chose, ce qui vraisemblablement désigne ici la conclusion du contrat, son existence.

Secundo, sont considérés comme des contrats réels, le prêt à usage défini par l'article 1875 du Code civil et le prêt de consommation défini par l'article 1892 de ce code, car leurs définitions mentionnent que ce sont des contrats par lesquels une partie livre une chose.

Tertio, le gage était défini comme un contrat par lequel un débiteur remettait une chose à son créancier pour sûreté de la dette et les travaux préparatoires de l'article 2017 du code de 1804 indiquaient que la remise de la chose était de l'essence du gage¹. Néanmoins l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 a supprimé ce caractère réel avec l'article 2236². Aussi, ceci a

¹ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 24, 1836, p. 204.

² F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 147 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 304 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 522 ter ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 40 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 678 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 65 et 363 ; *GAJ civ.*, t. 2, 13^e éd., 2015, n° 284-285, p. 744 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 25 ; F. Terré, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, p. 6 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 150 ; G.

contribué indubitablement à un recul de la catégorie des contrats réels.

Quarto, le don manuel, apparu en jurisprudence, est reconnu comme contrat réel.

47. Le prêt bancaire. Depuis un arrêt du 28 mars 2000¹, la Cour de cassation considère que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel. Ainsi, cette jurisprudence a été expliquée par l'absence de nécessité d'exiger une remise protégeant le professionnel du crédit², et a été interprétée comme source de déclin des contrats réels³. Or, dans le crédit bancaire, l'argent n'existe pas, mais est créé par technique comptable informatisée. C'est pourquoi nous considérons que le prêt consenti par un professionnel du crédit a pour effets essentiels, d'une part, une obligation de créer l'argent et une obligation de le verser sur un compte de l'emprunteur, à la charge du professionnel du crédit, et d'autre part, une obligation de remboursement de la somme et une obligation de paiement d'intérêts, à la charge de l'emprunteur. Dès lors, étant donné que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'a pas les mêmes effets essentiels que le prêt de consommation, dont l'effet essentiel est une obligation de restitution et dont l'effet accessoire est une obligation de paiement d'intérêts, il n'est pas un prêt de consommation, n'est pas soumis au régime de ce dernier en général et n'est pas un contrat réel en particulier. Ainsi cette jurisprudence, étrangère aux contrats réels, ne peut être signe du déclin de ces derniers.

48. La vitalité des contrats réels. Certains auteurs sont contre l'idée de contrats réels⁴, la remise de la chose pouvant selon eux être saisie comme l'objet d'une obligation de

Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 142 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 959 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 122 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 444 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 396 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 27 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 160.

¹ Cass 1^{re} civ., 28 mars 2000, n° 97-21.422 : Bull. civ. I, n° 105 ; *GAJ civ.*, t. 2, 13^e éd., n° 284-285 ; D. 2000, p. 482, note S. Piedelièvre ; D. 2000, somm. 358, obs. P. Delebecque ; D. 2001, somm. 1615, obs. M.-N. Jobard-Bachellier ; D. 2002, somm. 640, obs. D. R. Martin ; JCP 2000, 2, 10296, concl. J. Sainte-Rose ; JCP N 2000, p. 1270, note Y. Lochouarn ; Defrénois 2000, 720, obs. J.-L. Aubert ; Contrats, conc. consom. 2000, n° 106, note L. Leveneur.

² F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 149 ; *GAJ civ.*, t. 2, 13^e éd., 2015, n° 284-285, p. 741 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 160.

³ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 147 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 522 bis ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 677 et s. ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 18 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 25 ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 142 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 19 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 960 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 320 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 122 et s. ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 396 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 27 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 160.

⁴ F. Combescure, *Existe-t-il des contrats réels en droit français ?*, Rev. crit. légis. et jurispr. 1903, p. 477 et s. ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 175 et s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1988, n° 221 ; H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 82 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, n° 91 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 147 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 304 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e

ces contrats, qui seraient synallagmatiques. Pourtant tout l'intérêt des contrats réels est d'avoir comme forme essentielle à la complétude des consentements, une remise de la chose, sans laquelle le consentement est incomplet et ne peut produire son effet de conclusion, donc sans laquelle ces contrats n'existent pas. Au total, contrairement à nombre d'auteurs¹, nous pensons que la catégorie des contrats réels n'est pas anachronique et en déclin. Certes, sa liste a connu un léger recul par l'exclusion du gage de celle-ci, compensé par la reconnaissance du caractère réel du don manuel. En revanche, la jurisprudence relative au caractère non réel du prêt consenti par un professionnel du crédit, n'a pas contribué à son déclin, car ce contrat n'aurait jamais dû être considéré comme un contrat réel. De plus, comme certains auteurs l'affirment, la remise de la chose est protectrice². Enfin, ces contrats réels prouvent qu'existe en droit positif la distinction des conditions de conclusion et des conditions de validité.

Une fois expliquées ces notions d'appréhension du contenu d'un contrat et de sa forme, il est possible de les appliquer.

Titre II. L'application des notions d'appréhension du contenu et de la forme du contrat

49. Les notions que nous proposons pour appréhender le contenu et la forme d'un contrat ont une utilité première sur le plan des conditions de conclusion (**Chapitre I**), mais aussi d'autres utilités sur d'autres plans (**Chapitre II**).

Chapitre I. L'utilité première des notions d'appréhension du contenu et de la forme du contrat

50. Les notions saisissant le contenu et la forme du contrat essentiels à la complétude du consentement permettent d'identifier les conditions de conclusion du contrat (**Section I**)

éd., 2014, n° 65 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 129 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 522 ; *GAJ civ.*, t. 2, 13^e éd., 2015, n° 284-285, p. 739 ; P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, n° 18 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2016, p. 46 et 143.

¹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 147 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 18 ; F. Terré, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, p. 6 ; P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, n° 18 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 19.

² F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 149 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 40 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 304 ; *GAJ civ.*, t. 2, 13^e éd., 2015, n° 284-285, p. 744 ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 144 et 454 ;

puis de comprendre leur application (**Section II**).

Section I. L'identification des conditions de conclusion du contrat

51. Les conditions du contrat englobent d'abord les conditions de conclusion du contrat, puis celles de validité, de preuve et d'opposabilité, mais les premières n'ont jamais été clairement distinguées des deuxièmes. Or, la condition générale de conclusion est la rencontre des consentements complets (**I**) et l'absence de cette rencontre caractérise l'inexistence du contrat (**II**).

I. L'existence d'une rencontre des consentements complets et identiques

52. La condition générale de conclusion d'un contrat est la rencontre des consentements complets et identiques, mais celle-ci se décline en plusieurs conditions de conclusion, qui correspondent aux effets, éléments et forme essentiels à la complétude. Ainsi, la détermination du caractère essentiel à la complétude, d'un effet, d'un élément ou de la forme, et donc de chaque condition de conclusion est réalisée par la loi (**A**) ou la volonté (**B**).

A. La définition des conditions de conclusion par la loi

53. Les effets abstraits. Un consentement à un contrat ne peut être complet que s'il détermine les effets abstraits essentiels à la complétude. Or cette exigence résulte de la lecture de plusieurs textes. De fait, les articles 1113, 1114 et 1118 du Code civil évoquent implicitement l'exigence de précision ou complétude des consentements au contrat, lesquels doivent contenir les éléments essentiels au contrat. Or, au vu des articles 1100-1 et 1101 du Code civil, le contrat crée des effets, constituant des obligations ou non. Dès lors, afin qu'un consentement soit complet, il faut qu'il contienne les effets abstraits que le contrat doit contenir lors de sa conclusion.

54. Les éléments concrets. Pour qu'un consentement soit complet, la loi exige que ce dernier comporte des éléments concrets des effet abstraits précités.

La première partie des éléments concrets légalement essentiels à la complétude relève de la théorie générale des contrats.

D'abord, l'obligation est un lien de droit unissant un créancier à un débiteur. Par suite, il faut que l'identité du créancier et du débiteur de chaque effet du contrat soit déterminée ou

déterminable afin que le consentement soit complet.

Ensuite, la théorie de l'objet de l'obligation est fondamentale dans la détermination des éléments légalement essentiels à la complétude. Plus précisément, l'article 1163 du Code civil exige une espèce et une quotité de l'objet de l'obligation, déterminées ou déterminables. Ainsi, l'objet des obligations abstraites a différents aspects concrets, mais en vertu de la théorie de l'objet de l'obligation, ces obligations ont en principe au moins deux éléments concrets légalement essentiels à la complétude : une espèce et une quotité déterminées ou déterminables. Par conséquent, si un consentement à un contrat ne comporte pas ces éléments pour l'objet de chacune des obligations du contrat, il est incomplet et ne peut produire son effet de conclusion. Dès lors, le contrat est inexistant pour absence d'une condition de conclusion, et non nul pour irrespect d'une condition de validité comme l'affirment des sources antérieures¹, et postérieures à l'ordonnance de 2016².

Cependant, l'article 1165 du Code civil prévoit une exception à ce principe de l'article 1163, dans les contrats de prestation de service, pour lesquels le prix n'a pas à être déterminé lors de leur conclusion. Or, cela illustre parfaitement la distinction entre les deux niveaux, d'une part, des effets abstraits essentiels à la complétude, comme l'est l'obligation de paiement du prix dans les contrats onéreux de prestation de service, et d'autre part, des éléments concrets de ces effets abstraits, dont certains sont essentiels à la complétude, mais non la quotité du prix dans ces contrats selon cet article 1165.

La seconde partie des éléments concrets légalement essentiels à la complétude provient des règles légales relevant des contrats spéciaux. Par exemple, l'article 1591 du Code civil fait de la quotité du prix un élément légalement essentiel à la complétude.

55. La forme. Le législateur peut prévoir une forme essentielle à la complétude, sans laquelle le consentement est incomplet et ne peut produire son effet de conclusion. Par exemple, en affirmant que le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise

¹ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 237 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, n° 55 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 270 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 180 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 250 et s. ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 144 et 154 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 236 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 391 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 835 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 599 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 153.

² B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, éd. F. Lefebvre, 2016, n° 406 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 187 et 193 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1336 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 696 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 384 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 162 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 349 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 176 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 329.

d'une chose, l'article 1109 du Code civil fait selon nous de la remise de la chose une forme essentielle à la complétude, sans laquelle le consentement est incomplet.

Ainsi, la loi détermine le caractère essentiel à la complétude des effets abstraits, de quelques éléments concrets de ces effets, et marginalement d'une forme. Aussi, la volonté peut déterminer ce caractère essentiel à la complétude d'un élément concret ou d'une forme.

B. La définition des conditions de conclusion par la volonté

56. Les éléments concrets. Le libéralisme promeut la liberté individuelle et implique qu'une personne puisse faire d'un aspect concret d'un effet abstrait essentiel à la complétude, qui n'est pas un élément légalement essentiel à la complétude, un élément volontairement essentiel à cette complétude.

D'abord, il y a potentiellement autant d'éléments volontairement essentiels à la complétude que d'aspects concrets de chaque effet abstrait essentiel à la complétude ne constituant pas des éléments légalement essentiels à la complétude. Ainsi ces éléments sont très divers. Par exemple, la date du transfert de propriété est un aspect concret de l'effet translatif de propriété, qui peut devenir un élément volontairement essentiel à la complétude. Aussi, le terme suspensif comme la condition suspensive constituent le type même de l'élément volontairement essentiel à la complétude puisqu'ils concernent le moment d'un effet. De même, l'*intuitus personae* est un cas classique d'élément volontairement essentiel à la complétude, car il existe lorsque seule peut exécuter une obligation, une personne présentant une qualité érigée au rang d'élément volontairement essentiel à la complétude, ce qui interdit tout paiement par un tiers et la cession ou la transmission à cause de mort à une personne ne présentant pas cette qualité. Dans un autre registre, une clause limitative de responsabilité contractuelle constitue un élément volontairement essentiel à la complétude : elle constitue un aspect concret de l'effet abstrait dont elle limite la sanction de l'inexécution.

Ensuite, au plan technique, il existe plusieurs moyens de faire d'un aspect concret d'un effet abstrait essentiel à la complétude, un élément volontairement essentiel à cette dernière. De fait, une personne peut manifester son consentement en y incluant cet élément. À l'inverse, une personne peut manifester son consentement sans inclure à l'intérieur cet élément, mais en précisant que ce dernier est un élément volontairement essentiel à la complétude, ce dont il est déduit que le consentement est incomplet sans cet élément. Parallèlement, avant même de manifester un consentement, des personnes peuvent conclure une promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement, en indiquant que ce consentement

devra contenir cet élément afin d'être complet.

Enfin, au plan conceptuel des conditions de conclusion du contrat, en déterminant les éléments légalement essentiels à la complétude, la loi fixe la fin de ce que nous appelons l'*iter contractus*. Plus précisément, ce dernier est une notion utilisée en droit espagnol comme synonyme de la période précontractuelle. Néanmoins, nous l'avons conceptualisé par analogie avec l'*iter criminis*, qui est une notion de droit pénal utilisée dans les excellents travaux de M. le professeur Yves Mayaud sur la notion de résultat : l'*iter criminis* est le chemin de l'infraction pénale se terminant par le résultat légal, seuil de consommation de l'infraction, se situant plus ou moins avant le résultat redouté, ou au niveau de ce dernier. Ainsi, l'*iter contractus* est pour nous le chemin du contrat, débutant par les consentements les plus incomplets et se terminant par les consentements complets, dont la rencontre forme le contrat. En pratique, en ajoutant un élément volontairement essentiel à la complétude, ou plusieurs, la personne décrivant son consentement à un contrat repousse la fin de l'*iter contractus*, c'est-à-dire le seuil de conclusion du contrat.

57. La forme. Une forme peut être rendue volontairement essentielle à la complétude. Plus précisément, une personne peut manifester un consentement avec une forme qu'elle présente comme essentielle à la complétude, mais elle peut aussi manifester un consentement sans une forme tout en indiquant que celle-ci est essentielle à la complétude, ce dont il sera déduit que ce consentement est incomplet. Par exemple, c'est une idée qui était défendue par Pothier¹, et reprise par d'autres², affirmant que la conclusion d'un contrat pouvait être subordonnée par des personnes à l'utilisation d'une forme, et que celles-ci pouvaient ne pas conclure le contrat. De même, c'est ce qui explique un arrêt de la Cour de cassation de 1869 affirmant que les parties peuvent prévoir que leur contrat existera à compter de la signature d'un écrit sous seing privé, sans lequel ce contrat est incomplet³. Parallèlement, une forme peut être rendue essentielle à la complétude par le recours aux promesses unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement complet, créatrices d'une obligation de notifier un consentement, lequel sera complet s'il prend une forme déterminée. De fait, la jurisprudence du XX^e siècle affirme que lorsque les parties subordonnent la formation de leur contrat à la rédaction d'un acte notarié, il existe une obligation de faire⁴. Dans tous ces cas, si

¹ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, Langlet, 1835, n° 12.

² P. Lucas-Championnière et E. Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, Bruxelles, 1852, n° 66.

³ Cass. civ., 19 juill. 1869 ; DP 1869, 1, p. 348.

⁴ Cass. 3^e civ., 2 avr. 1979, n° 77-13.725 : Bull. civ. III, n° 84 ; JCP 1981, 2, 19697, note M. Dagot ; Defrénois 1980, 1057, note G. Morin.

le consentement est manifesté sans la forme essentielle à la complétude, il est incomplet et ne peut produire son effet de conclusion, si bien que le contrat est inexistant.

Ainsi, la condition générale de conclusion est la rencontre des consentements complets ; l'absence de cette rencontre caractérise l'inexistence du contrat.

II. L'inexistence d'une rencontre des consentements complets et identiques

58. La définition de l'inexistence. Les conditions de conclusion ou d'existence du contrat n'ont jamais été clairement distinguées des conditions de validité, donc l'inexistence n'a jamais été clairement conceptualisée. Avant l'ordonnance du 10 février 2016, les auteurs étaient partagés, jugeant l'inexistence inutile¹, la présentant au conditionnel sans adhésion², ou y adhérant³. Or cette ordonnance n'a pas consacré la notion d'inexistence, qui est présentée en doctrine comme inutile⁴, ou pertinente⁵. Par ailleurs, les auteurs ne se sont jamais mis d'accord sur la définition des conditions dont l'absence caractérise l'inexistence. Pourtant, cette distinction est fondamentale. En effet, la condition générale de conclusion du contrat est la rencontre des consentements complets et identiques. En conséquence, si un consentement est manifesté sans contenir tous les effets abstraits, éléments concrets et la forme essentiels à la complétude, il est incomplet et ne peut rencontrer un consentement complet : le contrat n'est pas conclu, il est inexistant. De même, si des consentements complets sont différents, ils ne peuvent se rencontrer. Dès lors, comme cela a été déjà affirmé par la doctrine, cette inexistence du contrat n'est pas une sanction et n'a pas à être prononcée ou reconnue par un juge : elle est un état de fait imprescriptible.

59. L'erreur-obstacle. La doctrine a créé la notion d'erreur-obstacle afin de désigner la situation dans laquelle il n'y a pas eu formation du contrat, faute de rencontre des consentements identiques, en dépit de la croyance des protagonistes dans une rencontre de

¹ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 299 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 326 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 202 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, *Economica*, n° 532.

² F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 87 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 389.

³ G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, 1883, n° 762 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 864 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, n° 104 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 187 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 266 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 193 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 671.

⁴ C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, *Economica*, 10^e éd., 2021, n° 475 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 205.

⁵ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, éd. F. Lefebvre, 2016, n° 513 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 77 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1468 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 396 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 696 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 515.

ceux-ci¹. Cependant, l'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas consacré cette notion².

D'abord, nous définissons les hypothèses d'erreur-obstacle comme celles dans lesquelles il existe une discordance entre, d'une part, la croyance des parties qui pensent avoir manifesté des consentements identiques et ayant formé un contrat, et d'autre part, la réalité, dans laquelle les parties ont manifesté des consentements qui ne sont pas identiques et qui n'ont pas formé de contrat. Ainsi, étant donné que la condition générale de formation du contrat est la rencontre des consentements complets, le contrat n'est pas formé, il est inexistant comme cela est ponctuellement affirmé en doctrine³. Aussi, il n'est pas possible de recourir à la nullité, qui est l'anéantissement d'un contrat existant. Or, ce n'est pas l'erreur-obstacle des protagonistes, dont la croyance fautive est qu'ils ont manifesté des consentements identiques, qui fait obstacle à la formation du contrat, car c'est la réalité, faite de consentements qui ne sont pas identiques, qui empêche la conclusion. En conséquence, l'erreur-obstacle est clairement différente de l'erreur sur une qualité essentielle dans la théorie des vices du consentement, que nous définissons comme une discordance entre, d'une part, un aspect d'un élément concret essentiel à la complétude, dans le contenu du contrat, et d'autre part, cet aspect dans la réalité. Dès lors, le silence de l'ordonnance du 10 février 2016 sur l'erreur-obstacle n'exclut pas l'inexistence du contrat en présence de celle-ci.

Ensuite, la doctrine précitée distingue classiquement deux cas d'erreur-obstacle.

D'une part, ce que la doctrine qualifie d'erreur-obstacle sur la nature du contrat est une différence d'effets abstraits essentiels à la complétude contenus dans les consentements manifestés. Un exemple jurisprudentiel est celui d'une personne ayant manifesté un consentement contenant les effets essentiels de l'échange, sans l'effet accessoire qui est une obligation de paiement d'une somme, alors que l'autre personne a manifesté un consentement

¹ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 481 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 484 et s. ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 161 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, n° 41 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 210 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 194 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 169 et s. ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 321 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 794 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 107 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 76 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 503 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 105.

² T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2016, p. 84 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 39 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, 4^e éd., PUF, 2016, n° 339 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 113 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1142 et s. ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 303 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 253 et s. ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 93 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 278 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 111 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 274.

³ P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 80.

avec ces effets essentiels à l'échange, ainsi que l'effet accessoire qui est une obligation de paiement d'une soulte¹.

D'autre part, ce que la doctrine appelle erreur-obstacle sur la chose objet du contrat est une différence d'éléments concrets essentiels à la complétude contenus dans les consentements manifestés. Par exemple, l'erreur-obstacle sur le prix est une discordance entre le montant ou les devises des prix contenus dans les consentements. Un autre exemple est celui de personnes manifestant des consentements à la vente d'un pot de fer pour l'une et de verre pour l'autre.

Ainsi, les notions saisissant le contenu et la forme essentiels à la complétude permettent d'identifier les conditions de conclusion du contrat ; elles permettent aussi de comprendre leur application.

Section II. La détermination de la complétude ou de l'incomplétude du consentement

60. Nous pensons que tous les instruments précontractuels se rattachent soit à un consentement complet, soit à un consentement incomplet. Ainsi, la personne recourant à un instrument précontractuel doit déterminer si le consentement auquel cet instrument est relatif, est complet ou incomplet, ce qui se réalise en trois étapes.

61. Les effets abstraits. Dans une première étape, il faut déterminer si le consentement comporte tous les effets abstraits essentiels à la complétude. Cette étape est concomitante à celle de qualification du contrat visé par ce consentement, qui s'opère par la confrontation, entre les effets abstraits essentiels à la complétude et les effets abstraits essentiels à chacun des contrats spéciaux. Or, trois situations existent.

Le premier moyen pour déterminer ces effets est d'utiliser la qualification du contrat visé ou les qualifications des contrats contenus dans le contrat complexe visé : ces effets ne sont pas énumérés ici, mais déduits de la qualification utilisée et sont tous présents.

Le deuxième moyen pour déterminer ces effets abstraits essentiels à la complétude est de les énumérer, sans mentionner la qualification de ce contrat. Or, dans ce cas, deux hypothèses sont à distinguer. Dans la première, est énumérée une partie de ces effets : le consentement est forcément incomplet. Dans la seconde, sont énumérés tous ces effets : la difficulté va résider dans la qualification qui est induite de ceux-ci par leur comparaison avec les effets abstraits essentiels à chacun des contrats spéciaux. Dès lors, il est possible de déterminer si le contrat visé est, soit un contrat simple, nommé, innomé et connu, ou innomé et original, soit un

¹ Cass. 3^e civ., 27 nov. 1984, n° 83-14.332 : Bull. civ. III, n° 200.

contrat complexe contenant plusieurs de ces contrats.

Le troisième moyen pour déterminer ces effets abstraits essentiels à la complétude est de les énumérer et de mentionner la qualification de ce contrat. Dès lors, deux cas sont envisageables. Dans le premier, le consentement indique qu'il ne contient pas tous ces effets, ce dont il est déduit qu'il est incomplet. Dans le second cas, le consentement mentionne qu'il contient tous ces effets : le contrat visé peut être là aussi un contrat simple, nommé, innommé et connu, ou un contrat complexe, contenant plusieurs des contrats précités. Or, le plus souvent la qualification ou les qualifications correspondent aux effets abstraits essentiels à la complétude. Néanmoins, il peut exister une discordance entre ceux-ci : il faut alors requalifier le contrat en fonction de ces effets abstraits essentiels à la complétude, car la qualification d'un contrat s'opère par comparaison avec les effets essentiels à chacun des contrats spéciaux.

62. Les éléments concrets. La deuxième étape de détermination de la complétude d'un consentement détermine les éléments concrets essentiels à la complétude. Pour chaque effet abstrait essentiel à la complétude, il faut étudier si ses éléments concrets essentiels à cette complétude sont contenus dans le consentement. D'une part, les éléments concrets légalement essentiels à la complétude doivent être déterminés : ce sont surtout l'identité déterminée ou déterminable du débiteur et du créancier de chaque effet, puis l'espèce et la quotité déterminées ou déterminables de l'objet de l'obligation. D'autre part, pour chaque effet abstrait essentiel à la complétude contenu dans le consentement, il faut étudier si des éléments sont rendus essentiels à la complétude par la volonté et déterminés.

63. La forme. Il reste dans une troisième étape à étudier si le consentement prend la forme essentielle à la complétude, s'il en existe une, d'origine légale ou volontaire.

Ainsi, nos notions pour appréhender le contenu et la forme d'un contrat ont une utilité première sur le plan des conditions de conclusion ; elles ont aussi d'autres utilités.

Chapitre II. Les utilités autres des notions d'appréhension du contenu et de la forme du contrat

64. Les notions d'effets abstraits et d'éléments concrets essentiels à la complétude du consentement et d'effets essentiels ou accessoires à l'existence d'un contrat spécial (**Section I**) et de liens entre ces différents effets (**Section II**) présentent diverses utilités autres que la définition des conditions de conclusion d'un contrat et que la détermination du caractère complet ou incomplet d'un consentement.

Section I. Les autres intérêts des notions définissant les effets et leurs éléments

65. Les notions définissant la complétude d'un consentement (I), ou le contenu d'un contrat spécial (II) permettent d'appréhender diverses questions de façon renouvelée.

I. Les autres intérêts des notions définissant la complétude d'un consentement

66. L'élément concret essentiel à la complétude permet de comprendre très précisément à lui seul l'erreur vice du consentement et l'*intuitus personae* (A), mais aussi avec l'effet abstrait essentiel à la complétude, les modification et caducité du contrat (B).

A. L'erreur et l'*intuitus personae*

67. **La qualité essentielle.** La notion cardinale des articles 1132 à 1136 du Code civil régissant l'erreur vice du consentement est celle de qualité essentielle : pour nous, elle doit être qualifiée de qualité essentielle à la complétude et définie comme tout ou partie d'un élément concret essentiel à la complétude du consentement. Ainsi, cette qualité essentielle figure dans le consentement et dans le contenu du contrat lors de sa conclusion. Corrélativement, nous définissons l'erreur sur une qualité essentielle, viciant le consentement, comme une discordance entre, d'une part, cette qualité essentielle à la complétude telle qu'elle est présente dans le contenu du contrat, et d'autre part, cette qualité telle qu'elle existe ou non dans la réalité. Par conséquent, le droit positif sur l'erreur peut être résumé autour d'un principe et d'exceptions : la nullité pour erreur viciant le consentement est prononcée en principe pour une erreur sur une qualité essentielle ; mais elle n'est exceptionnellement pas prononcée pour une erreur sur une qualité essentielle, soit parce que la nullité pour cette erreur n'est pas prononcée alors qu'il existe une erreur sur une qualité essentielle, soit parce que la nullité pour cette erreur est prononcée sans erreur sur une qualité essentielle.

68. **L'erreur sur la qualité essentielle de la prestation.** Avant l'ordonnance du 10 février 2016, l'erreur était un vice du consentement causant la nullité de la convention, seulement si elle tombait sur la substance, définie comme la qualité substantielle, déterminante¹, essentielle², ou convenue¹, entrée dans le champ contractuel², rapprochée par

¹ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 465 et s. ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, 9^e éd., 1998, n° 163 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, n° 41 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 216 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 196 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 78 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 500.

² H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 163 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, n° 41 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 217 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 106 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des*

de rares auteurs des éléments essentiels conditionnant la précision ou complétude du consentement³. Depuis 2016, l'article 1133 du Code civil évoque l'erreur sur la qualité essentielle de la prestation objet de l'obligation, définie comme la qualité convenue, entrée dans le champ⁴, ou le contenu du contrat⁵. Or, nous pensons que ceci renvoie au contenu du contrat constitué d'effets abstraits et de leurs éléments concrets essentiels à la complétude. C'est pourquoi la qualité essentielle de la prestation objet de l'obligation constitue tout ou partie d'un élément concret essentiel à la complétude, donc il faut parler de qualité essentielle à la complétude. Par exemple, dans l'arrêt Poussin rendu par la Cour de cassation le 22 février 1978⁶, il existait une discordance entre, l'attribution certaine à l'école des Carrache, qui était une qualité essentielle à la complétude et faisant partie du contenu du contrat, et, la réalité, qui était une attribution possible à un peintre étranger à cette école.

69. L'erreur sur la qualité essentielle de la personne. L'article 1134 du Code civil consacre le droit antérieur à la réforme de 2016 en affirmant que l'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne. Dans ces derniers, la qualité du cocontractant est déterminante⁷, essentielle⁸, substantielle⁹, entrée dans le champ du contrat¹⁰, un élément substantiel¹¹,

obligations, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 172 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 338 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 796 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 78 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 106.

¹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 217 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 796 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 175.

² F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 217 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 175 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 342 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 78 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 796.

³ RTD civ. 1963, p. 364, G. Cornu ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 342.

⁴ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, éd. F. Lefebvre, 2016, n° 326 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2016, p. 85 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1149 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 300 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 242 et s. ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 296.

⁵ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, éd. F. Lefebvre, 2016, n° 326.

⁶ Cass. 1^{er} civ., 22 fév. 1978, n° 76-11.551 : Bull. civ. I, n° 74, p. 62.

⁷ F. Valleur, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris, 1938, p. 231 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, 6^e éd., Litec, 1998, n° 480 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, n° 41 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 219 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, 14^e éd., Dalloz, 2014, n° 795 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, éd. F. Lefebvre, 2016, n° 330.

⁸ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 168 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 178 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 202 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 77.

⁹ B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 107.

¹⁰ M. Contamine-Raynaud, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris 2, 1974, n° 78 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 107 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 251.

¹¹ C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 348.

essentiel¹. Or, ces notions sont à rapprocher des éléments essentiels, que les théories et solutions classiques utilisent afin de désigner les éléments qui doivent être contenus dans un consentement pour que ce dernier soit précis ou complet. En effet, nous pensons que dans les contrats conclus *intuitu personae*, la qualité du cocontractant est érigée en rang d'élément concret volontairement essentiel à la complétude. Alors, il peut y avoir erreur sur une qualité essentielle, viciant le consentement, que nous définissons comme une discordance, entre d'une part, la qualité du cocontractant essentielle à la complétude, faisant partie du contenu du contrat, et d'autre part, cette qualité existant dans la réalité.

70. L'erreur sur la valeur. Cette erreur ne vicie pas le consentement et n'entraîne pas la nullité du contrat. En effet, le Code civil de 1804 a consacré les idées libérales dans le droit civil économique. Par conséquent, le droit des obligations est amoral et indifférent au déséquilibre entre les effets du contrat existant lors de sa formation. Dès lors, le code de 1804 était indifférent à l'erreur sur la valeur², et l'article 1136 du Code civil confirme depuis la réforme que l'erreur sur la valeur n'est pas une cause de nullité³. Or, nous définissons la qualité essentielle comme tout ou partie d'un élément concret essentiel à la complétude. Ainsi, la valeur, c'est-à-dire le prix déterminé, est généralement un élément légalement essentiel à la complétude en vertu de la théorie de l'objet de l'obligation et de l'article 1163 du Code civil. En conséquence, selon nous l'erreur sur la valeur est bien une erreur sur une qualité essentielle, mais l'indifférence à l'erreur sur la valeur constitue une exception à la règle selon laquelle la nullité pour erreur vice du consentement est prononcée pour une erreur sur une qualité essentielle.

71. L'erreur inexcusable. L'article 1132 du Code civil reprend la solution classique⁴,

¹ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 65 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 348 et s.

² B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 474 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 165 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, n° 41 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 220 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 203 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 352 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 80 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 181 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 505 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 109.

³ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, éd. F. Lefebvre, 2016, n° 338 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2016, p. 89 ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 319 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 305 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 551 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 257 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 303 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 281.

⁴ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, 6^e éd., Litec, 1998, n° 498 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 171 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, n° 41 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 223 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 206 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 183 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 355 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 83 ; Y.

selon laquelle l'erreur portant sur une qualité essentielle de la prestation ou de la personne, ne vicie pas le consentement et n'entraîne pas la nullité du contrat, si elle est inexcusable¹. En effet, c'est une exception au principe de nullité pour erreur sur une qualité essentielle.

72. L'erreur sur le motif. L'article 1135 du Code civil consacre le droit antérieur à la réforme en disposant que l'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement, essentiel², car entré dans le champ³, le contenu du contrat⁴, devenu une condition du contrat⁵. Ainsi, l'erreur sur un motif extérieur au contrat, ne peut vicier le consentement, car il y a discordance non pas entre le contenu du contrat et la réalité, mais entre le motif extérieur au contrat et la réalité. En revanche, si une raison de conclure est intégrée dans le consentement, elle devient un élément essentiel à la complétude, ou une partie d'un tel élément : elle est alors une qualité essentielle à la complétude et il peut y avoir erreur sur elle, viciant le consentement, c'est-à-dire discordance entre le contenu du contrat et la réalité.

73. L'intuitus personae. Les sources existantes définissent les contrats conclus *intuitu personae* comme ceux dont la formation dépend d'une qualité du cocontractant⁶, ou dans lesquels la personnalité est déterminante du consentement⁷. Plus précisément, les

Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, 14^e éd., Dalloz, 2014, n° 803 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 506 ; B. Fages, *Droit des obligations*, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 104.

¹ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, éd. F. Lefebvre, 2016, n° 324 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2016, p. 84 ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 312 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1157 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 541 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 262 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 306 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 275.

² J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 204.

³ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 797 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 505 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 108 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2016, p. 88 ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 316 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1164 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 305 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 548 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 258 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 299.

⁴ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 487 et s. ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 166 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 220 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 351 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, éd. F. Lefebvre, 2016, n° 335.

⁵ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 166 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, n° 41 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 220 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 182 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 108.

⁶ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 299.

⁷ F. Valleur, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris, 1938, n° 318 ; *Lamy Droit du contrat*, 2013, n° 757 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1145 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 543 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 65.

monographies qui ont été réservées à l'*intuitus personae* affirment que ce dernier affecte non pas le contrat, mais une de ses obligations ou plusieurs¹, qu'il est un élément supplémentaire dans le contrat², car avec lui la personne entre dans le champ contractuel³, dans le contenu du contrat⁴, dans le but du contrat⁵. Or, l'utilisation de ces expressions nous conduit à penser que les contrats conclus en considération de la personne sont ceux dans lesquels une qualité d'un des cocontractants est érigée en élément concret volontairement essentiel à la complétude, en tant qu'aspect d'un effet abstrait essentiel à la complétude.

D'abord, les sources existantes considèrent que dans les contrats conclus *intuitu personae*, avant l'agrément du cocontractant, la volonté de contracter ne constitue pas une offre, par manque de fermeté en raison d'une réserve d'agrément⁶, ou parce que cette volonté n'est pas précise⁷. Or, nous pensons que si le consentement ne constitue pas une offre, faute d'agrément du cocontractant par l'auteur de ce consentement, c'est en raison non d'un manque de fermeté ou de précision par la présence d'une réserve d'agrément, mais d'une incomplétude, résultant de l'absence, dans le consentement, de l'élément concret essentiel à la complétude, qu'est la qualité du cocontractant⁸.

Ensuite, si l'erreur sur une qualité personnelle est une cause de nullité du contrat conclu en considération de la personne, c'est parce que cette qualité est entrée dans le contenu du contrat, en tant qu'élément concret essentiel à la complétude⁹.

En outre, les sources existantes affirment que le contrat conclu en considération de la personne ne peut être exécuté que par la personne agréée par son cocontractant¹⁰. Plus précisément, une qualité de cette personne agréée a été érigée au rang d'élément concret essentiel à la complétude, d'un effet abstrait essentiel à cette dernière, donc seule la personne

¹ M. Contamine-Raynaud, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris 2, 1974, n° 30.

² M. Contamine-Raynaud, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris 2, 1974, n° 36.

³ F. Valleur, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris, 1938, p. 174 ; M. Contamine-Raynaud, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris 2, 1974, n° 41.

⁴ F. Valleur, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris, 1938, p. 174 ; M. Contamine-Raynaud, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris 2, 1974, n° 475.

⁵ F. Valleur, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris, 1938, p. 10.

⁶ M. Contamine-Raynaud, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris 2, 1974, n° 40 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, 6^e éd., Litec, 1998, n° 348 ; Lamy *Droit du contrat*, 2013, n° 763 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 282 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 128.

⁷ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 550 ; F. Valleur, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris, 1938, p. 206.

⁸ Voir ci-dessous n° 191 et s.

⁹ Voir ci-dessus n° 69.

¹⁰ F. Valleur, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris, 1938, p. 249 ; M. Contamine-Raynaud, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris 2, 1974, n° 95 ; Lamy *Droit du contrat*, 2013, n° 765 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 1317 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 15^e éd., 2016, n° 605 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 231 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 756 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 65.

présentant cette qualité peut exécuter cet effet.

Par ailleurs, dans le contrat conclu en considération de la personne, sont prohibées la cession de contrat¹, et la transmission à cause de mort². Or, si seule cette personne présentant cette qualité peut exécuter cet effet, le contrat ne peut logiquement être cédé ou transmis à cause de mort à une personne différente de celle-ci.

Ainsi, la notion d'élément concret essentiel à la complétude permet de bien comprendre l'erreur viciant le consentement et l'*intuitus personae* ; plus généralement les notions d'effets abstraits et d'éléments concrets essentiels à la complétude permettent une présentation affinée de la modification et la caducité du contrat.

B. La modification et la caducité

74. La modification du contrat. En vertu du principe d'immutabilité unilatérale du contrat, ce dernier ne peut être modifié sans accord de l'ensemble des parties, c'est-à-dire à nos yeux sans la rencontre de la volonté de chacune des parties de produire un effet de modification du contrat. À titre général, il existe deux modifications du contenu du contrat. D'une part, les parties peuvent modifier un effet abstrait essentiel à la complétude : par exemple, en cours d'exécution d'un contrat de travail, peut être insérée une obligation de non-concurrence. D'autre part, les parties peuvent modifier un élément concret essentiel à la complétude : par exemple, elles peuvent modifier le salaire. En particulier, de cette appréhension précise du contenu du contrat conclu, dépendent les règles de modification du contrat de travail. Ainsi, l'employeur ne peut seul modifier les effets abstraits ou leurs éléments concrets essentiels à la complétude, car ceux-ci sont contenus dans le contrat, qui ne peut être modifié par lui seul. En revanche, il peut modifier seul ce qui n'est pas entré dans le contenu du contrat conclu.

75. La caducité du contrat. Les définitions de la caducité du contrat, antérieures ou postérieures à l'ordonnance du 10 février 2016, font appel à des notions hétérogènes, dont

¹ F. Valleur, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris, 1938, p. 307 ; M. Contamine-Raynaud, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris 2, 1974, n° 178 ; Lamy *Droit du contrat*, 2013, n° 766 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 231 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 210 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 128.

² F. Valleur, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris, 1938, p. 263 ; M. Contamine-Raynaud, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris 2, 1974, n° 207 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 739 ; Lamy *Droit du contrat*, 2013, n° 767 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 1272 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 437 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 973 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 231 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 128 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 256 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 743 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 65 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 523.

certaines renvoient au contenu du contrat. Avant 2016, la caducité était causée pour la doctrine, par la disparition d'un élément fondamental¹, essentiel², de validité³, de perfection⁴, de survie⁵, ou d'exécution⁶, du contrat, ou par la non-apparition d'un élément nécessaire à la validité⁷, ou à l'efficacité du contrat⁸. Depuis 2016, l'article 1186 du Code civil affirme que la caducité résulte de la disparition d'un élément essentiel, défini comme un élément essentiel⁹, constitutif¹⁰, déterminant¹¹, du contenu¹², d'existence¹³, de validité¹⁴, ou d'efficacité¹⁵, du contrat. Or, nous pensons que la caducité résulte de la disparition d'une condition d'existence ou de validité d'un acte juridique, empêchant ce dernier d'être efficace. Ainsi, avec les notions d'appréhension du contenu et de la forme essentiels à la complétude du consentement, il est possible de proposer une définition des éléments essentiels dont la disparition entraîne la caducité du contrat selon cet article 1186.

En premier lieu, ces éléments sont certains effets abstraits et éléments concrets essentiels à la complétude : ceux dont la disparition fait obstacle à l'efficacité du contrat. D'une part, la disparition d'un effet abstrait essentiel à la complétude entraîne la caducité du contrat, si elle empêche ce dernier d'être efficace. Ainsi, si selon la doctrine majoritaire le terme extinctif n'est pas une cause de caducité¹⁶, nous pensons qu'il peut l'être lorsqu'il éteint un effet abstrait essentiel à la complétude, dont la disparition empêche l'efficacité du contrat.

¹ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 668.

² A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 201.

³ Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, th. Toulouse, 1961, LGDJ, 1963, p. 157 ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 33 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, 2012, 3^e éd., PUF, p. 462 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 82 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 536 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 668.

⁴ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 82.

⁵ F. Garron, *La caducité du contrat*, th. Aix, 1999, PUAM, 2000, n° 249 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 212.

⁶ C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004, n° 14.

⁷ R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 33.

⁸ C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004, n° 14 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 388.

⁹ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 393 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 204 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 452 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 215.

¹⁰ P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, n° 48 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 543.

¹¹ C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 448.

¹² G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 493 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 215.

¹³ F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 123-492.

¹⁴ N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 87 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 4^e éd., 2016, n° 479 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 123-492 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1469 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 393 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 749.

¹⁵ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 593 et s.

¹⁶ F. Garron, *La caducité du contrat*, th. Aix, 1999, PUAM, 2000, n° 15 et s. ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 668 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 393 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 594-2.

Par ailleurs, la défaillance de la condition suspensive est saisie ou non comme cause de caducité¹, notamment avec la non-survenance du mariage², ou la non-obtention d'un prêt dans la promesse de vente³. Or, avec la défaillance de la condition suspensive d'une obligation, cette dernière, en tant qu'effet abstrait essentiel à la complétude, disparaît, ce qui peut faire obstacle à l'efficacité du contrat et entraîner sa caducité.

D'autre part, la disparition d'un élément concret essentiel à la complétude entraîne la caducité du contrat, si elle empêche ce dernier de produire ses effets. Par exemple, cet élément disparaissant peut être un indice de détermination de l'objet de l'obligation⁴, la personne présentant une qualité essentielle en présence d'un *intuitus personae*⁵, la disparition d'un contrat interdépendant avec un autre dont il est un élément concret essentiel à la complétude⁶.

En second lieu, ces éléments essentiels de l'article 1186 sont certains éléments essentiels à la validité : ceux dont la disparition empêche le contrat d'être efficace, comme la disparition de la capacité d'une partie⁷, de l'objet de l'obligation⁸, de la licéité de l'objet ou

¹ F. Garron, *La caducité du contrat*, th. Aix, 1999, PUAM, 2000, n° 41 et s. ; C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004, n° 147 et s. ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 304 et s. ; M.-C. Aubry, *Retour sur la caducité en matière contractuelle*, RTD civ. 2012, p. 625 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 668 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 212 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 840 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 594-2 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 215.

² Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, th. Toulouse, 1961, LGDJ, 1963, p. 81 et s. ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 120 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 82 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 388 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 421.

³ P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 14^e éd., 2017, n° 436.

⁴ C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004, n° 58 et s. ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 59 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 82 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 201 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 668 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 393 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 204.

⁵ F. Garron, *La caducité du contrat*, th. Aix, 1999, PUAM, 2000, n° 122 et s. ; C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004, n° 113 et s. ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 84 et s. ; M.-C. Aubry, *Retour sur la caducité en matière contractuelle*, RTD civ. 2012, p. 625 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 82 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 201 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 543 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 23.482 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 594-2.

⁶ C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004, n° 90 et s. ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 161 et s. ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 212 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 544 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 15^e éd., 2016, n° 1412 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1475 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 751 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 453.

⁷ F. Garron, *La caducité du contrat*, th. Aix, 1999, PUAM, 2000, n° 119 et s. ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 23.482.

⁸ C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004, n° 49 et s. ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 42 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 82 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 668 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 23.482 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 393 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 594-2 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 452.

du but¹, la possibilité de l'objet², ou de la contrepartie de l'obligation³.

Ainsi, les notions définissant la complétude d'un consentement ont diverses utilités différentes de la définition des conditions de conclusion ; parallèlement les notions définissant le contenu d'un contrat spécial ont nombre d'utilités autres que cette définition.

II. Les autres intérêts des notions définissant le contenu d'un contrat spécial

76. L'obligation essentielle de l'article 1170. L'effet essentiel d'un contrat spécial permet de définir l'obligation essentielle qui ne peut être privée de sa substance par une clause selon l'article 1170 du Code civil, reprenant la jurisprudence Chronopost.

Or, cette obligation essentielle n'est pas définie par une partie des auteurs⁴, mais a été définie par les *essentialia*⁵, ou par l'obligation essentielle⁶, que nous avons écartés, puisqu'il peut exister une pluralité d'obligations essentielles⁷. Par ailleurs, selon d'autres elle peut renvoyer aux obligations déterminantes, ou essentielles à la qualification, ou imposées par la loi⁸, et serait appréciée concrètement⁹, avec la nature du contrat et la volonté des parties¹⁰.

Pourtant, cette obligation essentielle ne peut qu'être un effet essentiel à un contrat spécial conclu par les parties. En effet, cette obligation essentielle ne peut pas être toute obligation essentielle à la complétude d'un consentement, sinon toutes les obligations contenues dans le contrat conclu entreraient dans le champ de cet article. Surtout, l'article 1170 ne vise pas la

¹ C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004, n° 65 et s. ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 75 et s. ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 23.482 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 594-2.

² R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 68 et s. ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 23.482.

³ Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, th. Toulouse, 1961, LGDJ, 1963, p. 73 et s. ; F. Garron, *La caducité du contrat*, th. Aix, 1999, PUAM, 2000, n° 36 et 106 et s. ; C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004, n° 81 et s. ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 116 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 82 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 668 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 393 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 750.

⁴ T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 142 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 123-340 ; P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, n° 44 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 465 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 333 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 296 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1360 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 621 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 1071 et s. ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 589.

⁵ N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 69 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 437 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 44 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 648.

⁶ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 306 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 44 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 648 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 185 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 356.

⁷ P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 344.

⁸ C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 249.

⁹ A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 44 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 344.

¹⁰ A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 436.

définition abstraite par les parties de l'obligation contenue dans un contrat au moment de sa conclusion, car si une clause prive alors de sa substance une obligation, cette dernière n'existe pas et le contrat doit être qualifié sans la prendre en compte. En revanche, l'article 1170 interdit la pratique consistant au moment de la conclusion à insérer dans un contrat les effets essentiels à un contrat spécial, tout en prévoyant une clause qui permettra lors de la phase d'exécution de priver le créancier de la substance d'une obligation essentielle à ce contrat. Or cette substance s'oppose à ce qui n'est pas substantiel dans l'obligation, donc elle ne peut englober que les éléments concrets légalement essentiels à la complétude, par opposition aux éléments volontairement essentiels à la celle-ci. Concrètement, dans l'arrêt Chronopost, l'obligation de livraison rapide existait bien au stade de la formation du contrat, mais lors de la phase d'exécution de celui-ci, elle était privée de sa substance qui était cette livraison rapide, par une clause limitative de responsabilité pour inexécution de celle-ci au prix payé par le client. Un autre exemple serait la clause permettant au promettant de révoquer unilatéralement la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement, sans indemnité sérieuse, car cela priverait de sa substance l'obligation de ne pas anéantir ce consentement¹.

77. Les contrats spéciaux. Les effets essentiels, accessoires et légaux d'un contrat spécial constituent la base pour étudier le droit des contrats spéciaux.

Premièrement, ces notions permettent de classer les contrats spéciaux, en regroupant les contrats parce que ceux-ci contiennent un même effet. Cependant, d'autres notions permettent cette classification, dont la forme essentielle à la complétude ou le but des parties.

Deuxièmement, la définition rigoureuse du contenu d'un contrat spécial est la base indispensable afin de déterminer le régime de ce contrat et notamment la sanction de l'inexécution de l'une de ses obligations. Un bon exemple est le pacte de préférence, dont l'identification des deux obligations permet de déterminer la sanction de l'inexécution².

78. Le devoir d'information. L'article 1112-1 du Code civil prévoit un devoir d'information à la charge d'une partie connaissant une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre partie, laquelle ignore légitimement cette information ou fait confiance à son cocontractant. Plus précisément, il définit l'information déterminante comme celle qui a un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties et qui ne porte pas sur la valeur de la prestation. Or, le contenu du contrat

¹ Voir ci-dessous n° 576 et 687.

² Voir ci-dessous n° 653 et s.

et la qualité des parties renvoient aux effets abstraits et éléments concrets essentiels à la complétude, à l'exclusion de la valeur. Aussi, cet article prévoit l'engagement de la responsabilité civile et la nullité pour l'absence de communication de l'information, qui est à l'analyse un fait négatif d'absence d'information durant la période précontractuelle. En conséquence, nous n'étudierons pas ce devoir dans notre thèse, laquelle étudie un par un les instruments précontractuels et ne peut analyser ce devoir exigeant à lui seul une thèse.

Ainsi les notions d'effets abstraits et d'éléments concrets essentiels à la complétude du consentement et d'effets essentiels ou accessoires à l'existence d'un contrat spécial présentent diverses utilités différentes de la définition des conditions de conclusion d'un contrat ; il en va de même des liens entre ces différents effets.

Section II. Les autres intérêts des notions définissant les effets et leurs liens

79. Les liens entre effets ont diverses utilités différentes de la définition des conditions de conclusion, en droit positif (I), ou antérieur (II).

I. Les autres intérêts positifs des liens entre effets

80. Les contrats unilatéraux ou synallagmatiques. L'existence et l'absence d'un lien entre effets essentiels à la complétude permettent de déterminer si le contrat visé par un consentement est unilatéral ou synallagmatique. De même, l'existence et l'absence d'un lien entre effets essentiels ou accessoires à un contrat spécial permettent de déterminer si ce dernier est unilatéral ou synallagmatique. Si un contrat ne contient qu'un effet, non relié à un autre effet, il est unilatéral : c'est le cas du prêt à usage ou de consommation qui ne contient qu'une obligation de restitution. En revanche, si un contrat contient plusieurs obligations reliées et qui sont à la charge de chacune des parties, ce contrat est synallagmatique : c'est l'exemple de la donation avec charge, qui contient en plus de l'effet translatif de propriété, une obligation constituant une charge.

81. Les contrats onéreux ou gratuits. L'absence ou l'existence et la nature du lien entre effets essentiels à la complétude d'un consentement permettent de déterminer si le contrat visé est à titre gratuit ou onéreux. De même, l'absence ou l'existence et la nature du lien entre effets essentiels ou accessoires à un contrat spécial permettent de déterminer si ce dernier est gratuit ou onéreux.

Ainsi, le caractère gratuit d'un contrat résulte de l'absence de lien de son effet avec un autre ou de l'existence d'un lien de gratuité entre cet effet et un autre effet. Concrètement, la

donation sans charge ne contient qu'un effet translatif de propriété sans lien avec un autre effet, donc elle est un contrat à titre gratuit en raison de cette absence de lien ; mais si elle contient une charge, cette dernière est une obligation en lien de gratuité avec l'effet translatif de propriété, donc la donation reste un contrat à titre gratuit.

Parallèlement, le caractère onéreux d'un contrat résulte de l'existence d'un lien d'onérosité entre deux effets. D'une part, ce lien peut être entre effets réciproques d'un contrat synallagmatique comme la vente. D'autre part, ce lien peut être entre obligations non réciproques comme le prêt avec obligation de restitution et obligation de paiement d'intérêts à la charge de la même personne.

Ainsi, les liens entre effets ont diverses utilités différentes de la définition des conditions de conclusion en droit positif ; ils peuvent en avoir rétrospectivement.

II. Les autres intérêts rétrospectifs des liens entre effets

82. La réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016 a abandonné la notion de cause de l'obligation. Or, il est possible de se demander au vu de ses applications, si la cause de l'obligation n'était pas précisément la notion qui devait exprimer l'inexistence ou l'existence et la nature du lien entre les effets d'un contrat.

83. Les contrats commutatifs. Dans ceux-ci, la cause permettait de faire le lien d'onérosité entre les obligations, dont chacune avait pour cause l'autre¹. Toutefois, ce lien se dédoublait à nos yeux. *Primo*, la cause de l'obligation, saisie abstraitement, jouait un rôle au plan des conditions d'existence des contrats spéciaux commutatifs. Par exemple, dans la vente, l'obligation de paiement du prix avait pour cause contrepartie l'effet translatif de propriété d'une chose, et inversement. *Secundo*, la cause de l'obligation jouait surtout un rôle au plan des conditions de validité des contrats commutatifs, afin de déterminer si la cause de l'une des obligations était dérisoire auquel cas le contrat était annulable : dans ce cas, la cause de l'obligation n'était pas saisie abstraitement comme cela est classiquement affirmé, mais concrètement, puisqu'il s'agissait de savoir si les éléments concrets de chacune des obligations ne créaient pas un déséquilibre excessif.

¹ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 821 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 263 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 127 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 341 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 453 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 322 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 181 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 874 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 623 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 2^e éd., 2016, n° 424 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 4^e éd., 2016, n° 403 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 1^{re} éd., 2016, n° 480.

84. Les contrats aléatoires. La cause de l'obligation dans les contrats aléatoires était vue par les diverses sources comme l'aléa¹. Néanmoins, cette approche de la cause de l'obligation dans les contrats avec aléa n'était pas convaincante. Par exemple, à proprement parler, la cause de l'effet translatif de la propriété d'une chose dans la vente avec rente viagère était bien l'obligation de paiement du prix, laquelle avait pour cause le précédent. Ainsi, au plan des conditions d'existence de la vente, celle-ci se définissait par la présence de deux effets abstraits essentiels à son existence, donc l'aléa ne jouait pas de rôle ici dans la qualification de ce contrat. En réalité, l'aléa était soit toujours présent dans un contrat spécial et ce dernier se définissait par un ou des effets abstraits essentiels à son existence dont l'un présentait un aléa, soit parfois présent dans un contrat spécial, comme la vente viagère, auquel cas l'aléa n'était qu'un élément concret volontairement essentiel à la complétude.

85. Les contrats réels. La cause de l'obligation dans les contrats réels était selon la doctrine la remise de la chose² : elle se situait sur le plan des conditions de conclusion du contrat, car sans elle, celui-ci n'existait pas. Mais elle faisait double emploi avec la remise comme condition de conclusion du contrat. Plus précisément, la remise dans un contrat réel est à nos yeux une forme essentielle à la complétude du consentement, sans laquelle le contrat n'existe pas, mais elle n'est pas la cause de l'obligation de restitution. Cela apparaît avec le prêt de consommation. *Primo*, sans obligation de payer des intérêts, il était un contrat à titre gratuit, car l'obligation de restitution avait pour cause, non la remise de la chose, mais une volonté de prêter gratuitement, laquelle se traduisait en réalité par une absence de lien avec une autre obligation pour cette obligation de restitution. *Secundo*, avec obligation de paiement d'intérêts, le prêt de consommation était un contrat à titre onéreux, donc il existait un lien causal entre l'obligation de restitution et l'obligation de paiement d'intérêt : seule la cause de l'obligation de restitution, saisie comme un lien d'onérosité avec l'obligation de payer des intérêts permettait d'expliquer le caractère onéreux de ce prêt.

86. Les contrats gratuits. La cause de l'obligation dans les contrats à titre gratuit était

¹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 343 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 324 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 182 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 875 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 623 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larquier, 2^e éd., 2016, n° 425 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 4^e éd., 2016, n° 405 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 1^{re} éd., 2016, n° 481.

² B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 823 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 263 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 128 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 345 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 455 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 325 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 183 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 877 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larquier, 2^e éd., 2016, n° 426 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 4^e éd., 2016, n° 406.

l'intention libérale pour la doctrine¹. Cependant, cela revenait à dire que l'effet translatif de la propriété de la chose dans la donation avait pour cause la volonté de conclure une donation, ce qui est une tautologie. Ainsi, la cause de l'obligation dans les contrats à titre gratuit aurait dû être plutôt présentée comme l'expression de l'inexistence d'un lien, ou de l'existence d'un lien de gratuité de cet effet translatif de la propriété de la chose avec un autre effet juridique. Concrètement, dans la donation, la cause de l'effet translatif de la propriété de la chose peut exprimer l'absence de lien de cette obligation avec une autre obligation lorsque la donation est sans charge, ou l'existence d'un lien de gratuité de cet effet avec une obligation constituant une charge.

87. La cause comme lien entre effets. La cause de l'obligation était le seul concept à même d'exprimer soit l'inexistence, soit l'existence et la nature, du lien de cette obligation avec une autre obligation. Autrement dit, elle permettait en général d'exprimer l'articulation entre les différents effets essentiels et accessoires d'un contrat spécial ou entre les effets essentiels à la complétude d'un consentement. Aussi, elle permettait en particulier de relier les effets de chaque contrat contenu dans un contrat complexe. C'est pourquoi il est possible de se demander si la cause pouvait être vraiment supprimée totalement en droit français et si elle n'a pas survécu en tant qu'expression soit de l'inexistence, soit de l'existence et de la nature du lien unissant deux effets d'un contrat, c'est-à-dire en tant que vecteur juridique de l'articulation des effets d'un contrat.

¹ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 829 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 263 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 127 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 349 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 451 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 328 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 184 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 876 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 2^e éd., 2016, n° 428 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 4^e éd., 2016, n° 407 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 1^{re} éd., 2016, n° 484.

Première partie. Les pourparlers ou négociations de contrat

88. L'Histoire des pourparlers. En France, l'apparition des négociations modernes du contrat coïncide avec l'essor économique de la Révolution industrielle sous la Monarchie de Juillet, le Second Empire et le début de la Troisième République, par l'effet de la libéralisation et du progrès technique. Ainsi, alors que les pourparlers furent étudiés auparavant à l'étranger notamment par Jhering¹, la doctrine française étudia réellement ces négociations seulement à partir du début du XX^e siècle, marqué par un article de Saleilles de 1907 analysant les idées de l'Italien Fagella², puis par quelques thèses dont celle de Roubier³. Or, ces sources appréhendaient initialement les pourparlers comme un bloc s'opposant à l'offre. Plus tard, avec les Trente Glorieuses et la tertiarisation de l'économie, les négociations du contrat se sont développées. Par suite, dans les années 1970, les décisions et les analyses doctrinales se sont multipliées sur ce sujet, tant dans les manuels que dans de nombreux articles tentant de systématiser les négociations⁴. Ainsi, la réforme par l'ordonnance du 10 février 2016 s'est contentée de consacrer la jurisprudence antérieure.

89. L'approche globale de la doctrine. De façon générale, l'étude des pourparlers dans les manuels de référence se concentre sur leur rupture et évoque ponctuellement leur

¹ R. Von Jhering, *De la Culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, Œuvres Choiesies, trad. O. de Meulenaere, t. 2, Paris, 1893, p. 1 et s.

² R. Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, RTD civ. 1907, p. 697 et s.

³ P. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, th. Lyon, 1911 ; A. Hilsenrad, *Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat*, th. Paris, 1932 ; A. Coherier, *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, th. Paris, 1939.

⁴ RTD civ. 1972, p. 779, note G. Durry ; J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46 et s. ; A. Rieg, *La punctuation, Contribution à l'étude de la formation successive du contrat*, dans *Mélanges A. Jauffret*, LGDJ, 1974, p. 593 et s. ; J. Cédras, *L'obligation de négocier*, RTD civ. 1985, p. 265 et s. ; J. Schmidt, *La période précontractuelle en droit français*, RID comp. 1990, p. 545 et s. ; B. Lassale, *Les pourparlers*, RRJ 1994, p. 825 et s. ; P. Chauvel, *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle*, Dr. et patrimoine, nov. 1996, p. 36 et s. ; D. Mazeaud, *La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée*, Dr. et patrimoine, juill./août 1996, p. 44 et s. ; F. Accad, *Les pourparlers*, th. CNAM, 1996 ; P. Mousseron, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile*, RTD com. 1998, p. 243 et s. ; J. Rojot, *La gestion de la négociation*, RTD com. 1998, p. 447 et s. ; B. Beignier, *La conduite des négociations*, RTD com. 1998, p. 463 et s. ; X. Birbès, *L'objet de la négociation*, RTD com. 1998, p. 471 et s. ; P. Le Tourneau, *La rupture des négociations*, RTD com. 1998, p. 479 et s. ; L. Rozès, *Projets et accords de principe*, RTD com. 1998, p. 501 et s. ; A. Laude, *Le constat judiciaire des pourparlers*, RTD com. 1998, p. 551 et s. ; A. Couret, P. Peyramaure, P. Rosenpick et A. Laude, *Les accords préliminaires dans les cessions de droits sociaux*, Dr. sociétés, Actes pratiques, 1998, n° 41, p. 4 et s. ; B. Fages, *L'importance des pourparlers*, Dr. et patrimoine, juin 1999, p. 60 et s. ; J. Mestre, *La période précontractuelle et la formation du contrat*, LPA, 5 mai 2000, p. 7 et s. ; J.-J. Fraimout, *Le droit de rompre les pourparlers avancés*, Gaz. Pal. 2000, doct. 943 et s. ; Y. Neveu, *Le devoir de loyauté pendant la période précontractuelle*, Gaz. Pal. 2000, doct. 2112 et s. ; D. Mazeaud, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, dans *Mélanges J. Ghestin*, éd. LGDJ, 2001, p. 637 et s. ; O. Deshayes, *Le dommage précontractuel*, RTD com. 2004, p. 187 et s. ; J. Ghestin, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers*, JCP G, 2007, I, 155 ; J. Ghestin, *Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers*, JCP G, 2007, I, 157.

initiative et leur déroulement¹, comme le faisaient les premières études.

Systématiquement, les sources existantes saisissent les pourparlers par opposition à l'offre et à l'acceptation, dans la continuité de ces premières études. En particulier, ces sources rattachent à ces pourparlers la notion classique et large d'invitation à entrer en pourparlers ou en négociation, de l'article 1114 du Code civil, qui sert à englober diverses volontés précontractuelles, lesquelles ne sont pas bien distinguées, mais dont le point commun est de ne pas réunir les conditions d'existence de l'offre. Or, il y a là un paradoxe qui n'a guère été souligné : au sens juridique et strict, les pourparlers ou négociations sont classiquement définis par opposition à l'offre et à l'acceptation, alors que dans la réalité économique ces deux dernières font partie intégrante de la négociation, l'offre étant une volonté de contracter complète incarnant un épisode plein des négociations.

Parfois, ces sources évoquent les volontés manifestées lors des pourparlers, organisés avec un contrat ou non, par des expressions très diverses : la *punctatio* ou punctuation, la lettre d'intention, l'accord de principe, l'accord partiel, le protocole d'accord, l'accord ou le contrat de négociation ou de pourparlers, le contrat préliminaire, ou le contrat temporaire ou provisoire. Néanmoins, ces expressions sont utilisées pour désigner des réalités très différentes, précontractuelles ou non : elles créent donc des confusions et sont à éviter.

90. L'approche globale du Code civil. La section du Code civil relative à la phase de conclusion comporte une première sous-section relative aux négociations avec trois articles. L'article 1112 reconnaît la liberté de chacune des trois phases des négociations que sont leur initiative, leur déroulement et leur rupture. Or, cette liberté est plus large que la liberté contractuelle consacrée comme principe directeur par l'article 1102, laquelle est la liberté de manifester ou de ne pas manifester un consentement complet à un contrat et de déterminer, le cocontractant, le contenu et la forme de ce contrat. Puis, cet article 1112 alinéa 1^{er} affirme que ces trois phases des pourparlers doivent respecter les exigences de bonne foi. Or, cette affirmation reprend le devoir de bonne foi pour la phase de conclusion, présent dans le projet

¹ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 246 ; *Lamy Droit du contrat*, juill. 2020, n° 132 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 34 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1112 à 1112-2, Négociations*, sept. 2020, n° 2 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 47 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1074 et 1079 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 89 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 20 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 278 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 211 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 64 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 82 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 194 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 183 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 278 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 62 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 126 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd.,

de Code civil, absent du code de 1804, progressivement reconnu en doctrine avant la réforme de 2016 à partir de la jurisprudence éparse, et consacré textuellement en 2016 par l'article 1104 pour les négociations, la formation et l'exécution du contrat. Cependant, ce devoir n'a pas d'autonomie technique pour la négociation et la formation, puisqu'il ne trouve de concrétisation que par les relais techniques que sont la responsabilité civile et le dol. Ainsi, l'application de la responsabilité extracontractuelle aux pourparlers est résumée par l'alinéa 2 de cet article 1112, consacrant la jurisprudence antérieure à la réforme de 2016. À ce titre, l'évocation de l'exigence de bonne foi pour la négociation et la formation est temporellement floue. En effet, la négociation est classiquement réduite en droit aux pourparlers saisis par opposition à l'offre et à l'acceptation, alors qu'économiquement la négociation trouve sa plénitude dans l'offre. Parallèlement, la formation se réalise à l'instant de la rencontre des consentements, alors que c'est lors de la manifestation de ces derniers que la bonne foi compte le plus. Dès lors, il serait plus logique d'évoquer le devoir de bonne foi pour la phase précontractuelle, laquelle englobe les pourparlers au sens juridique, l'offre, l'acceptation, les promesses de contrat et le pacte de préférence.

Ensuite, l'article 1112-1 est relatif au devoir d'information¹. Or, sa place dans la partie relative aux négociations est réductrice, parce que les négociations sont classiquement conçues par opposition à l'offre, alors que ce devoir concerne toute la période précontractuelle.

Enfin, l'article 1112-2 concerne l'engagement de la responsabilité civile pour la révélation d'une information obtenue lors des négociations. Cependant, sa place dans la partie relative aux négociations est aussi réductrice, parce que les négociations *stricto sensu* n'englobent pas l'offre, l'acceptation et les avant-contrats, alors que ces informations peuvent être obtenues par ces derniers. De plus, cette révélation n'est pas par nature précontractuelle, puisqu'elle peut intervenir après la conclusion du contrat. Surtout, cet article n'a pas d'intérêt parce qu'il n'est pas nécessaire pour engager la responsabilité civile, dont le droit commun suffit.

91. La proposition d'une approche de chaque volonté des pourparlers. Ainsi, aujourd'hui les pourparlers restent largement définis comme un bloc et appréhendés surtout par le prisme de leur rupture et marginalement par leur initiative et leur déroulement, mais

2021, n° 362 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 154 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 49 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 174.

¹ Voir ci-dessus n° 78.

aussi par des notions floues et polysémiques. C'est pourquoi il nous semble que l'étude des pourparlers reste assez embryonnaire. Dès lors, il est possible d'affiner cette approche des pourparlers, avec deux clés de renouvellement. La première concerne le plan théorique : c'est la conceptualisation de chacune des volontés pouvant être manifestées lors des négociations. La seconde clé intéresse le plan pratique : dans chaque espèce précontractuelle, il faut identifier chacune des volontés manifestées, afin, d'une part, de rechercher pour chaque volonté unilatérale si celle-ci constitue une faute extracontractuelle ayant causé un préjudice, et d'autre part, d'analyser l'éventuelle inexécution de chaque contrat de pourparlers. Plus précisément, ce renouvellement de l'approche des pourparlers part d'un affinement de notions des négociations ou d'une analogie avec les promesses de contrats.

D'abord, l'analyse de la notion très générale de rupture des pourparlers montrera que celle-ci a deux formes très différentes. L'une, majoritaire, est le refus de contracter qui est une notion des pourparlers en tant que volonté de ne pas manifester un consentement complet. L'autre forme de rupture des pourparlers, minoritaire, est l'absence de manifestation d'un consentement complet, que ce dernier soit une offre ou une acceptation.

Ensuite, la notion d'invitation à entrer en pourparlers ou négociations englobe divers instruments des pourparlers qui ne sont pas une offre, parce qu'il leur manque une des deux conditions d'existence de cette dernière que sont le fait d'être une volonté de contracter et la précision ou complétude. D'une part, une manifestation de volonté peut ne pas tendre vers la production d'un effet de conclusion comme le fait l'offre, et tendre au contraire vers la manifestation d'un consentement complet et futur, la réception d'un consentement complet, ou la réception d'informations sur un tel consentement complet. D'autre part, une manifestation de volonté de contracter peut être incomplète, contrairement à l'offre qui est une volonté de contracter complète ; par analogie avec les volontés précitées, une volonté peut aussi tendre vers la manifestation d'un consentement incomplet, la réception d'un tel consentement incomplet, ou d'une information sur ce consentement incomplet.

Enfin, par analogie avec les promesses de contrat, il peut exister dans les pourparlers des contrats créant une obligation de ne pas anéantir un consentement incomplet et présent ou des contrats créant une obligation de notifier un consentement incomplet et futur.

En somme, nous pensons que les pourparlers ou négociations englobent treize instruments précontractuels : quatre sont relatifs à un consentement complet (**Titre I**) et neuf sont liés à un consentement incomplet (**Titre II**).

Titre I. Les instruments des pourparlers relatifs à un consentement complet

92. Lorsqu'elles étudient en général les pourparlers ou négociations, ou en particulier l'invitation à entrer en pourparlers ou en négociations, les sources existantes évoquent notamment des manifestations de volonté unilatérale avec des expressions diverses et sans les conceptualiser et les distinguer clairement. Or, certaines de ces manifestations de volonté unilatérale sont relatives à un consentement complet et futur, qui peut être de l'auteur (**Chapitre I**) ou du destinataire de ces manifestations (**Chapitre II**).

Chapitre I. Les volontés relatives à un consentement complet de leur auteur

93. La volonté de manifester à l'avenir un consentement complet (**Section I**) et la volonté de ne pas manifester un consentement complet (**Section II**) n'ont jamais été clairement conceptualisées, donc leur régime n'a jamais été solidement déterminé.

Section I. La volonté de manifester un consentement complet

94. La volonté de manifester à l'avenir un consentement complet doit être définie et illustrée (**I**), afin que son régime puisse être établi (**II**).

I. La définition de la volonté de manifester un consentement complet

95. **L'explication.** Les sources existantes mentionnent des exemples de volonté de manifester un consentement complet, avec des expressions très différentes, sans identifier précisément cette volonté comme un instrument précontractuel à part entière. En effet, l'invitation à entrer en pourparlers ou en négociations¹, la lettre d'intention², le projet de contrat³, et le protocole d'accord¹, sont parfois définis comme la manifestation d'une volonté

¹ Lamy Droit du contrat, oct. 2013, n° 105-33 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 108 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 165 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 72.

² M. Fontaine, *Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux*, Dr. prat. com. int. 1977, p. 76 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 42 ; I. Najjar, *L'accord de principe*, D. 1991, p. 57 ; D. Mazeaud, *La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée*, Dr. et patr. 1996, n° 40, p. 44 ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 407 ; Lamy Droit du contrat, mai 2015, n° 115-25 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 72 ; Lamy Droit du contrat, juin 2019, n° 160 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 70.

³ J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 101 ; J. Mestre, *La période précontractuelle et la formation du contrat*, LPA, 5 mai 2000, p. 7 et s.

d'instituer une négociation, d'envisager la conclusion, de conclure éventuellement, d'un intérêt pour un contrat, ou d'un projet de contrat. Cependant, ces expressions floues servent à désigner des notions diverses, précontractuelles ou non, si bien qu'il est préférable de ne pas les utiliser afin d'éviter les risques de graves confusions. Ainsi, point n'est besoin de recourir à une qualification particulière pour saisir cette volonté, qui doit être désignée comme celle de manifester un consentement complet. Or, elle n'est pas un acte juridique, car elle ne tend pas vers la production d'un effet juridique, mais est un fait matériel tendant vers la manifestation d'un consentement complet, laquelle reste libre. Plus précisément, elle présente les quatre caractères d'un instrument précontractuel : elle est une manifestation de volonté, émanant d'un cocontractant potentiel, qui est antérieure à la conclusion du contrat et qui règle indirectement les questions que sont le principe et la date de la conclusion d'un contrat, son contenu, sa forme, l'identité de ses parties, car elle est relative à un consentement complet.

96. L'application. L'utilisation de cette notion est fréquente et diverse.

D'abord, le principe de la manifestation du consentement complet peut être envisagé de trois façons. *Primo*, cette manifestation est vue comme certaine lorsqu'elle doit normalement intervenir, sans être obligatoire : par exemple un projet de contrat est rédigé avec une signature du contrat fixée à une date², ou des personnes fixent la date pour signer un contrat chez le notaire. *Secundo*, cette manifestation peut être une éventualité, comme dans le cas de l'écrit exprimant au conditionnel la volonté d'une personne de conclure³, ou indiquant l'intérêt de son auteur pour l'achat d'un bien⁴. *Tertio*, cette manifestation peut être soumise à conditions : par exemple, une lettre par laquelle une personne se déclare prête à conclure un contrat sous réserve de vérification⁵, ou une manifestation de la volonté de conclure une vente d'un bien à l'avenir si ce dernier est modifié¹.

Ensuite, le consentement complet, dont la manifestation est envisagée, peut être défini de façon fermée lorsque les effets abstraits et leurs éléments concrets essentiels à sa complétude sont déterminés : par exemple, un écrit exprime la possibilité pour une personne de vendre

¹ J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 411 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 115-34 et 115-40 ; *Lamy Droit du contrat*, juin 2019, n° 162.

² Cass. 3^e civ., 19 déc. 2019, n° 18-25.210, Inédit.

³ J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 101 ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 407 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 115-40.

⁴ M. Fontaine, *Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux*, Dr. prat. com. int. 1977, p. 76 ; D. Mazeaud, *La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée*, Dr. et patr. 1996, n° 40, p. 44 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 115-25 ; *Lamy Droit du contrat*, juin 2019, n° 160.

⁵ Cass. com., 20 nov. 2007, n° 06-20.332, Inédit ; RTD civ. 2008, p. 101, obs. B. Fages.

une machine à une autre à un prix déterminé². Aussi, ce consentement peut être défini de manière ouverte, comme dans le cas de l'information donnée par une personne à une autre de sa volonté de lui proposer pour un nouveau contrat dont le contenu est à préciser³.

Enfin, la volonté de manifester un consentement complet peut être utilisée à différents stades de la période précontractuelle. En effet, elle peut l'initier : par exemple, un notaire manifeste sa volonté de céder à l'avenir son office⁴. Mais elle peut aussi poursuivre cette phase précontractuelle : c'est le cas de la lettre de confirmation du souhait de participer à un renforcement de fonds propres⁵. De façon générale, la volonté de manifester un consentement complet la plus importante est le projet de contrat d'origine unilatérale⁶ ; le projet de contrat d'origine réciproque est quant à lui la coexistence de volontés de manifester éventuellement un consentement complet⁷. En particulier, nous pensons que si le transfert de propriété des choses vendues en libre-service est repoussé au passage en caisse par la Cour de cassation¹, c'est parce que le fait pour le commerçant de mettre un article en magasin avec un prix constitue, non une offre, mais une volonté de manifester un consentement complet au moment du passage en caisse, par le calcul du montant du panier du client, qui manifeste son consentement complet en payant, ce qui forme un contrat de vente et transfère la propriété.

Ainsi, il apparaît que cette notion est très utilisée en pratique, car elle permet d'organiser la manifestation d'un consentement complet, sans recourir à une obligation, cette manifestation restant libre ; néanmoins, cette dernière peut être fautive ponctuellement.

II. Le régime de la volonté de manifester un consentement complet

97. Les fautes. Conformément à l'article 1112 du Code civil consacrant la liberté des pourparlers, le principe est la liberté d'extérioriser une volonté de manifester un consentement complet. Néanmoins, cette volonté est ponctuellement une faute civile délictuelle si elle est extériorisée soit sans être sérieuse, soit sans possibilité de contracter.

D'une part, divers arrêts illustrent cette impossibilité de conclure le contrat projeté.

¹ Cass. 3^e civ., 3 oct. 1972, n° 71-12.993 : Bull. civ. III, n° 491.

² Cass. com., 17 oct. 2000, n° 98-13.176, Inédit.

³ Cass. com., 9 févr. 1981, n° 79-14.440 : D. 1982, jurispr. p. 4, note J. Schmidt.

⁴ CA Rennes, 8 juill. 1929 : DH 1929, p. 548.

⁵ CA Versailles, 30 juin 2011 : D. 2011, p. 2848, note B. Dondero ; JCP E 2011, 1877, note P. Mousseron ; RTD civ. 2011, p. 758, obs. B. Fages.

⁶ I. Najjar, *L'accord de principe*, D. 1991, p. 57.

⁷ J. Mestre, *La période précontractuelle et la formation du contrat*, LPA, 5 mai 2000, p. 7 et s. ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 411 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 115-34 ; *Lamy Droit du contrat*, juin 2019, n° 162.

Ainsi, fut qualifié de faute délictuelle, le fait d'avoir laissé se poursuivre des pourparlers qui allaient inéluctablement se traduire par des frais sans avoir la possibilité de financer le contrat projeté². Or, il existait ici une faute extracontractuelle dans le fait d'avoir notifié la volonté de manifester, à une date déterminée, un consentement à une promesse de cessions d'actions, en mentant sur la possibilité de financer seul le contrat.

Aussi, fut retenue une rupture tardive et fautive, le 29 mai 1998, de pourparlers d'achat d'une société entamés en février 1998, parce que dès le 8 avril 1998, l'auteur de la rupture connaissait le caractère alarmant de la situation de la société convoitée mais avait poursuivi les négociations³. Ainsi, la première faute civile délictuelle résidait ici dans le fait d'avoir notifié la volonté de manifester un consentement à une cession d'une société, après la réception d'informations relatives au caractère alarmant de la situation de celle-ci ; la rupture elle-même était la seconde faute commise.

De même, fut qualifiée de fautive la rupture des pourparlers par un couple ayant initié et poursuivi de manière pressante des pourparlers avec une commune pour l'installation d'une entreprise créatrice d'emplois, sans en avoir les moyens techniques et financiers, mais en ayant fait croire le contraire¹. La première faute délictuelle était ici une notification d'une volonté de manifester un consentement à un contrat de création d'une entreprise, sans en avoir les capacités techniques et financières, si bien que la rupture n'était que la dernière faute et la conséquence de la première.

D'autre part, la notification d'une volonté non sérieuse de manifester un consentement complet et futur est une faute civile délictuelle au vu de la jurisprudence.

Primo, l'absence de caractère sérieux de cette volonté de manifester un consentement complet peut être prouvée en raison du fait que son auteur a déjà conclu le contrat projeté avec un tiers, ce qui l'empêche de conclure le même avec une autre personne. Ainsi, l'arrêt *Manoukian* de la Cour de cassation du 26 novembre 2003, approuva la qualification de faute délictuelle pour la rupture en novembre 1997, de pourparlers entamés entre des personnes et la société Alain Manoukian quelques mois auparavant, en vue d'une cession d'actions d'une société, car les parties étaient parvenues à un projet d'accord aplanissant la plupart des

¹ Cass. 2^e civ., 28 févr. 1996, n° 93-20.817, Bull. civ. II, n° 52 ; RTD civ. 1996, p. 631, obs. P. Jourdain.

² Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1998, n° 95-19.199 : Bull. civ. I, n° 7 ; Dr. et patr. 1998, n° 59, p. 92, obs. P. Chauvel ; Defrénois 1998, art. 36815, note D. Mazeaud ; JCP G 1998, II, n° 10066, note B. Fages.

³ Cass. com., 18 juin 2002, n° 99-16.488 : RJDA 2002, n° 1111 ; RTD civ. 2003, p. 282, obs. J. Mestre et B. Fages.

difficultés, mais les propriétaires des actions avaient vendu ces dernières à un tiers, en laissant croire à la société Manoukian que seule l'absence de l'expert-comptable de la société retardait la signature. Dès lors, la première faute délictuelle commise ici avait été l'extériorisation d'une volonté de manifestation d'un consentement complet, en affirmant que seule l'absence de l'expert-comptable de la société retardait cette manifestation, sans informer cette société de la conclusion du contrat avec un tiers².

Aussi, dans un arrêt fut qualifiée de faute délictuelle la rupture sans raison légitime, brutale et unilatérale, le 25 juillet 2006, de pourparlers avancés et entretenus par un individu avec son partenaire qui avait déjà, à sa connaissance, engagé des frais et qu'il avait maintenu volontairement dans une incertitude prolongée en lui laissant croire que le contrat allait être conclu à son profit, alors que dès le 6 juin 2006, une promesse de ce contrat avait été conclue avec un tiers³. Or, la première faute délictuelle commise ici était l'extériorisation d'une volonté de manifester un consentement complet, même après la conclusion du contrat avec un tiers, si bien que la rupture était la dernière faute délictuelle et la conséquence de la première. En revanche, n'est pas une faute délictuelle la volonté de manifester un consentement complet en parallèle de négociations avec un tiers.

Secundo, l'absence de sérieux de la volonté de manifester un consentement complet peut résulter de l'existence d'une volonté interne de ne pas conclure. Par exemple, selon un arrêt, une société était à l'origine de la rupture abusive des pourparlers, parce qu'elle avait délibérément émis des exigences infondées à l'origine de la rupture d'accords quasi-finalisés avec une autre société, à seule fin de négocier directement le même projet avec un tiers⁴. Ainsi, la première faute délictuelle résidait dans la notification d'une volonté de manifestation d'un consentement, en conditionnant cette manifestation à des exigences infondées, afin de ne pas conclure ce contrat avec le destinataire de ces volontés et de le conclure avec un tiers ; donc la rupture des pourparlers n'était que la dernière faute.

Tertio, l'absence de sérieux de la volonté de manifester un consentement complet peut être prouvée par la manifestation postérieure d'un consentement très différent. Par exemple, dans

¹ Cass. 2^e civ., 10 oct. 2002, n° 01-03.079 : Inédit ; Dr. et patr. 2003, n° 111, p. 114, obs. P. Chauvel ; RTD civ. 2003, p. 282, obs. J. Mestre et B. Fages.

² Cass. com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243, Manoukian : Bull. civ. IV, n° 186 ; JCP G 2004, I, 163, obs. G. Viney ; JCP E 2004, 738, obs. P. Stoffel-Munck ; D. 2004, p. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne ; RDC 2004, p. 267, note D. Mazeaud ; RTD civ. 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages.

³ Cass. com., 18 janv. 2011, n° 09-14.617 : Inédit ; Gaz. Pal. 7 avr. 2011, n° 97, p. 17, obs. D. Houtcieff.

⁴ CA Paris, pôle 4, ch. 1, 8 juin 2018, n° 16/13252.

un arrêt, fut qualifié de faute délictuelle dans la négociation, le fait pour une banque d'avoir pendant près d'un an laissé croire qu'elle allait conclure un contrat de prêt, avant de refuser ce dernier et de conclure un autre prêt pour une somme inférieure en contrepartie d'engagements non prévus à l'origine¹.

Quarto, la volonté non sérieuse de manifester un consentement complet est caractérisée lorsque le contenu de ce dernier est décrit partiellement, en omettant un élément essentiel à la complétude. Par exemple, au vu d'un arrêt, est une faute délictuelle le fait d'avoir notifié une volonté de manifester un consentement sans indication de l'affectation à des logements sociaux d'un projet immobilier, laissant se dérouler des pourparlers sans connaissance de ce caractère décisif².

98. Les préjudices. Il y a plus de préjudices causés par une volonté fautive de manifester un consentement complet qu'au stade de la rupture des pourparlers.

D'abord, la manifestation de consentement envisagée par cette volonté n'est pas obligatoire, donc la conclusion et l'exécution de ce contrat sont purement éventuelles. Dès lors, le fait de ne pas obtenir le gain attendu du contrat projeté n'est pas un préjudice certain : il n'est ni une perte éprouvée faute d'amointrissement patrimonial ni un gain manqué lequel n'est réparé que si sa survenance est normale alors qu'ici ce gain est purement éventuel.

De même, étant donné que la manifestation du consentement envisagée n'est pas obligatoire, la chance de conclure ce contrat est purement éventuelle, donc la chance d'obtenir le gain attendu de l'exécution de ce contrat est purement éventuelle, si bien que la perte de cette chance n'est pas un préjudice certain. Le même raisonnement peut être tenu pour les pertes de chance de conclure et d'obtenir l'exécution d'un contrat avec un tiers.

Ensuite, les frais de négociation qui englobent les frais des études, de déplacements, de préparation du contrat par recrutement ou publicité par exemple, sont réparables s'ils sont causés par la volonté fautive de manifester un consentement complet. Par conséquent, les frais antérieurs à cette volonté fautive ne sont pas réparables.

Enfin, sont réparables les préjudices de déception ou d'atteinte à l'image.

Parallèlement, existe la volonté de ne pas manifester un consentement complet.

Section II. La volonté de ne pas manifester un consentement complet

¹ Cass. com., 31 mars 1992, n° 90-14.867 : Bull. civ. IV, n° 145.

² CA Paris, pôle 4, ch. 1, 1^{er} avr. 2016, n° 14/22034.

99. Le refus de contracter doit être défini et illustré (I), afin que son régime puisse être bien déterminé (II).

I. La définition de la volonté de ne pas manifester un consentement complet

100. Les définitions existantes. Les sources existantes considèrent parfois que le refus de contracter est le fait de refuser de manifester son consentement¹, généralement vu comme une réponse à une offre², ou rarement en volonté pouvant ne pas suivre une offre³. Aussi, le refus de contracter sert afin de désigner des réalités précontractuelles différentes.

Primo, cette expression de refus de contracter est utilisée afin de désigner la révocation d'une offre par son auteur⁴, ou la révocation unilatérale de la promesse unilatérale de contrat⁵. Néanmoins, le refus de contracter, qui est une volonté de ne pas manifester un consentement complet, est différent de la révocation de l'offre ou de la promesse unilatérale, qui est une manifestation de volonté de produire l'effet juridique d'anéantissement de celles-ci.

Secundo, il y aurait un refus de contracter dans la contreproposition. Néanmoins, nous préférons ne pas utiliser cette dernière notion, qui n'a pas d'autonomie par rapport aux autres instruments précontractuels qu'elle englobe et qui ne sont jamais un refus de contracter⁶.

Tertio, l'absence de manifestation de consentement est parfois qualifiée de refus de contracter⁷. Mais ce dernier est une manifestation de volonté de ne pas manifester un consentement, donc il est très différent de l'absence de consentement.

101. La définition proposée. Le refus de contracter est la volonté de ne pas manifester un consentement complet : ses utilisations sont diverses.

En premier lieu, du point de vue théorique, le refus de contracter présente les quatre caractères d'un instrument précontractuel. En effet, il est une manifestation de volonté, émanant d'un des cocontractants potentiels, qui est antérieure à la conclusion d'un contrat et qui règle indirectement, parmi les questions que sont le principe, la date, le contenu, les

¹ J. Ricot, *Le refus de contracter*, th. Paris, 1929, p. 5.

² A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 129 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 570 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 42 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 252 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 73 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 115 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 172.

³ J. Ricot, *Le refus de contracter*, th. Paris, 1929, p. 7.

⁴ J. Ricot, *Le refus de contracter*, th. Paris, 1929, p. 6 ; O. Barret, *Variations autour du refus de contracter*, *Mél. J.-L. Aubert*, 2005, Dalloz, p. 3, n° 13.

⁵ O. Barret, *Variations autour du refus de contracter*, *Mél. J.-L. Aubert*, 2005, Dalloz, p. 3, n° 16.

⁶ Voir ci-dessous l'étude de la notion de contre-proposition n° 216.

⁷ V. Poirier, *Les effets juridiques du silence*, th. Paris, 1902, p. 49 ; J. Ricot, *Le refus de contracter*, th. Paris, 1929, p. 6 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 71 ; O. Barret, *Variations autour du refus de contracter*, *Mél. J.-L. Aubert*, 2005, Dalloz, p. 3, n° 18.

parties et la forme de la conclusion du contrat, d'abord celle du principe de sa conclusion dans un sens négatif, car il est relatif à un consentement complet.

En second lieu, les applications du refus de contracter sont diverses.

Premièrement, le refus de contracter peut intervenir aux divers moments des négociations évoqués par l'article 1112 du Code civil. D'abord, il peut être manifesté avant tout autre instrument précontractuel, afin de signifier un refus de conclure sans même avoir reçu une quelconque volonté précontractuelle antérieurement. Par exemple, un écrit sur un portemanteau manifeste la volonté de ne pas conclure de contrat de dépôt des vêtements déposés sur celui-ci¹. Ensuite, il est possible que ce refus de contracter intervienne dans le déroulement de la période précontractuelle, en réponse à toute volonté précontractuelle. Enfin, le refus de contracter est la principale forme de rupture des pourparlers.

Deuxièmement, le consentement complet refusé peut être défini de manière fermée, en déterminant tous les effets abstraits et éléments concrets essentiels à la complétude, ou de façon ouverte si au moins un de ceux-ci n'est pas déterminé ou l'est par la technique de la fourchette, comme un refus de vendre une maison quel que soit le prix.

Ainsi, la qualification de refus de contracter doit être réservée à la volonté de ne pas manifester un consentement ; son régime peut alors être déterminé.

II. Le régime de la volonté de ne pas manifester un consentement complet

102. Le refus de contracter sans ou au début des pourparlers. Ce refus est évoqué par les sources existantes au titre, soit de l'application de la responsabilité extracontractuelle au refus de l'acceptation², soit des pourparlers³.

Or, la liberté du refus de contracter en réponse à une offre est fondée par ces auteurs sur la liberté du commerce et de l'industrie mais aussi sur le droit de propriété, alors qu'elle est l'application de la liberté des pourparlers de l'article 1112 et non de la liberté contractuelle qui est celle de manifester ou non un consentement complet à un contrat. Ainsi, des exemples de refus de contracter non fautifs sont celui du propriétaire refusant de vendre

¹ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 1988, n° 86-15.563 : Bull. civ. I, n° 57 ; RTD civ. 1988, p. 522, obs. J. Mestre.

² F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 125 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 75 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 159 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 189 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 79 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 288 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 186 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 153 et 154 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 159 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 76.

³ O. Barret, *Variations autour du refus de contracter*, *Mél. J.-L. Aubert*, 2005, Dalloz, p. 3 ; *Lamy Droit du contrat*, juin 2019, n° 153.

son terrain sans utilité pour lui à un prix trois fois supérieur à sa valeur réelle¹, ou celui d'associations médicales ne commandant plus de produits auprès d'une pharmacie².

Cependant, le refus de contracter est interdit dans différents cas.

D'abord, il est interdit par l'article L121-11 du Code de la consommation de refuser à un consommateur une vente ou une prestation de service, sauf motif légitime, alors que depuis la loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, le refus de contracter est libre entre professionnels.

Ensuite, certaines interdictions du refus de contracter se justifient par l'interdiction des discriminations, pour tout motif prévu par le droit en général, ou en particulier pour le nombre d'enfants du candidat à un bail, ou l'appartenance syndicale d'un salarié³.

Enfin, un refus de contracter peut constituer, indépendamment des règles spéciales précitées, une faute civile extracontractuelle. Par exemple, fut qualifié de faute civile délictuelle le refus de contracter motivé par l'existence de procédures juridictionnelles en cours au sujet de contrats antérieurs⁴.

103. La rupture des pourparlers par refus de contracter. La forme de rupture des pourparlers la plus fréquente est le refus de contracter.

D'une part, la rupture des pourparlers par refus de contracter peut être une faute délictuelle lorsqu'elle est la conséquence inévitable d'une volonté précontractuelle constituant une faute délictuelle. En effet, parmi les décisions classiquement rattachées aux pourparlers, certaines concernent des créations d'offres fautives par absence de volonté sérieuse ou de possibilité de contracter qui sont souvent suivies d'une rupture des pourparlers, mais aussi des volontés de manifester, ou de recevoir, un consentement complet qui sont aussi fautives parce que ces volontés ne sont pas sérieuses ou sont sans réelle possibilité de contracter⁵. Ainsi, dans ces cas, la rupture des pourparlers est fautive parce qu'elle intervient comme suite logique de la première volonté fautive. Néanmoins, la reconnaissance du caractère fautif de la rupture n'est pas très importante dans ces cas, parce que cette rupture intervient à la fin des pourparlers et n'est donc pas en lien de causalité avec de nombreux préjudices. Inversement, la qualification de faute délictuelle de la première volonté fautive est plus intéressante, parce que celle-ci est en lien de causalité notamment avec tous les frais de négociations postérieurs.

¹ Cass. req., 24 nov. 1924 : S. 1925, 1, 217, note J. Brèthe.

² Cass. com., 5 juill. 1994, n° 92-20.064 : Bull. civ. IV, n° 258 ; JCP 1994, 2, 22323, note J. Léonnet ; JCP 1995, 1, 3828, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan ; RTD civ. 1995, p. 96, obs. J. Mestre ; RTD civ. 1995, p. 119, obs. P. Jourdain.

³ C. pén., art. 225-1 ; C. trav., art. L2141-5 ; L. n° 48-1360, 1 sept. 1948, art. 54.

⁴ CA Versailles, 26 avr. 2001, 12^e ch. sect. 1, Sté Coffima c/ SA Renault VI : RJDA 2001, n° 916, Cah. dr. entr. 2002, n° 3, p. 31, obs. D. Mainguy.

⁵ Voir ci-dessus n° 97 et ci-dessous n° 206.

D'autre part, la rupture des pourparlers par refus de contracter peut constituer une faute délictuelle en ayant été précédée de volontés précontractuelles non fautives. Or, parmi les dizaines de décisions rattachées par la doctrine aux pourparlers, nous avons identifié une quinzaine d'arrêts relatifs à la rupture des pourparlers par un refus de contracter non précédé d'une volonté précontractuelle fautive, dont seulement quatre furent publiés. À l'analyse, la faute est établie en réalisant deux séries d'analyses.

Dans un premier temps, il faut examiner les pourparlers. *Primo*, contribue au caractère fautif de la rupture, la durée des pourparlers, de quelques semaines à plusieurs années (par exemple, des négociations ont duré plus de 2 mois¹, un éditeur a entretenu un auteur dans l'illusion de la publication d'un manuscrit conservé pendant 2 ans², une société a bénéficié de la carte et de l'aide bénévole d'un représentant pendant plusieurs années³, des négociations ont duré 4 ans⁴). *Secundo*, l'avancement des pourparlers sur l'*iter contractus* participe au caractère fautif de la rupture : cet avancement se définit par la détermination du contenu du contrat projeté au regard des effets abstraits et des éléments concrets essentiels à la complétude (par exemple, un acte authentique de cession de fonds de commerce a été préparé et refusé par une personne l'ayant demandé⁵, un acte sous seing privé de vente a été préparé avec un prix déterminé par une personne refusant sa signature⁶, dans des négociations de vente de véhicules les propositions des deux parties sur le prix de reprise ont différé seulement de 100 000 francs⁷). *Tertio*, il faut identifier les diverses volontés manifestées par l'auteur de la rupture : les volontés de ne pas manifester un consentement par attermoiement volontaire⁸, ou les volontés qui indiquent que cet auteur avançait vers la conclusion du contrat et invitaient le partenaire précontractuel à faire de même. D'abord, ces volontés englobent la volonté de manifester un consentement (par exemple, une banque a exprimé sans réserve sa volonté d'accompagner un projet selon des modalités restant à définir⁹, une personne a rédigé des projets de vente avec un prix déterminé par elle¹⁰). Ensuite, ces volontés comportent la volonté de recevoir un consentement ou des informations (par exemple, l'auteur de la rupture a réalisé des demandes

¹ Cass. com., 14 déc. 2004, n° 02-10.157 : Inédit.

² Cass. 1^{er} civ., 20 juin 1961 : Bull. civ. I, n° 327 ; D. 1962, jurispr., p. 3.

³ Cass. com., 23 mai 1989, n° 87-18.212 : Inédit ; JCP E 1989, I, n° 18761.

⁴ Cass. com., 7 avr. 1998, n° 95-20.361 : Inédit ; RJDA 1998, n° 937 ; JCP E 1999, n° 4, p. 169, obs. P. Mousseron ; D. 1999, p. 514, note P. Chauvel.

⁵ Cass. com., 22 févr. 1994, n° 91-18.842 : Bull. civ. IV, n° 79 ; RTD civ. 1994, p. 848, obs. J. Mestre.

⁶ Cass. com., 22 mars 2017, n° 15-14.875 : Inédit.

⁷ Cass. com., 22 avr. 1997, n° 94-18.953 : Inédit ; RTD civ. 1997, p. 651, obs. J. Mestre.

⁸ Cass. com., 23 mai 1989, n° 87-18.212 : Inédit ; JCP E 1989, I, n° 18761.

⁹ Cass. com., 8 nov. 2005, n° 04-12.322 : Inédit ; RJDA 2006, n° 490.

¹⁰ Cass. com., 22 mars 2017, n° 15-14.875 : Inédit.

de modifications de proposition¹, ou d'une promesse de contrat²). Enfin, ces volontés couvrent les demandes de modification d'un bien même sans intention de nuire³, ou de remise en état d'un bien⁴. *Quarto*, il faut identifier les volontés de manifester ou de recevoir un consentement complet ou incomplet, ou des informations sur ces derniers⁵, qui ont été notifiées par la personne ayant subi la rupture des pourparlers, car ces volontés témoignent de la volonté de cette dernière d'avancer vers la conclusion. *Quinto*, il faut quantifier les réunions⁶, et études⁷, et calculer les frais des pourparlers⁸.

Dans un second temps, il faut examiner la présence d'un ou de plusieurs éléments dans le refus de contracter rompant les pourparlers. Les deux premiers éléments sont la brutalité seule⁹, ou accompagnée de l'unilatéralité du refus de contracter¹⁰ : la volonté de ne pas manifester de consentement au contrat projeté est notifiée peu de temps avant la date de conclusion¹¹, sans préavis¹², ou sans laisser une autre possibilité¹³. Le troisième élément est l'absence de motif légitime : certaines décisions n'explicitent pas cette absence¹⁴, mais selon d'autres cette dernière est caractérisée par la volonté de ne pas manifester de consentement au contrat projeté notifiée, soit sans aucune justification¹⁵ (par exemple sans comportement fautif et sans urgence¹⁶), soit avec une justification qui ne peut expliquer la rupture des pourparlers, (par exemple, parce que celle-ci est liée à des considérations internes et non aux résultats des études¹⁷, ou à un excès de prudence et non à des manquements¹⁸).

104. Les préjudices. La rupture fautive des pourparlers est la cause de préjudices

¹ Cass. com., 7 janv. 1997, n° 94-21.561 : Inédit ; D. 1998, p. 45, note P. Chauvel.

² Cass. 3^e civ., 18 oct. 2011, n° 10-22.902 : Inédit.

³ Cass. 3^e civ., 3 oct. 1972, n° 71-12.993 : Bull. civ. III, n° 491.

⁴ Cass. com., 12 oct. 1993, n° 91-19.456 : Inédit.

⁵ Cass. com., 20 mars 1972, n° 70-14.154 : Bull. civ. IV, n° 93 ; RTD civ. 1972, p. 779, obs. G. Durry ; JCP G, 1973, II, 17543, note J. Schmidt.

⁶ Cass. 3^e civ., 30 nov. 2017, n° 14-20.449 : Inédit.

⁷ Cass. com., 7 janv. 1997, n° 94-21.561 : Inédit ; D. 1998, p. 45, note P. Chauvel ; Cass. com., 7 avr. 1998, n° 95-20.361 : Inédit ; RJDA 1998, n° 937 ; JCP E 1999, n° 4, p. 169, obs. P. Mousseron ; D. 1999, p. 514, note P. Chauvel.

⁸ Cass. com., 20 mars 1972, n° 70-14.154 : Bull. civ. IV, n° 93 ; RTD civ. 1972, p. 779, obs. G. Durry ; JCP G, 1973, II, 17543, note J. Schmidt.

⁹ Cass. com., 7 janv. 1997, n° 94-21.561 : Inédit ; D. 1998, p. 45, note P. Chauvel ; Cass. 3^e civ., 18 oct. 2011, n° 10-22.902 : Inédit.

¹⁰ Cass. com., 20 mars 1972, n° 70-14.154 : Bull. civ. IV, n° 93 ; RTD civ. 1972, p. 779, obs. G. Durry ; JCP G, 1973, II, 17543, note J. Schmidt ; Cass. com., 12 oct. 1993, n° 91-19.456 : Inédit ; Cass. com., 22 avr. 1997, n° 94-18.953 : Inédit ; RTD civ. 1997, p. 651, obs. J. Mestre ; Cass. com., 8 nov. 2005, n° 04-12.322 : Inédit ; RJDA 2006, n° 490.

¹¹ Cass. com., 22 mars 2017, n° 15-14.875 : Inédit ; Cass. 3^e civ., 30 nov. 2017, n° 14-20.449 : Inédit.

¹² Cass. 3^e civ., 30 nov. 2017, n° 14-20.449 : Inédit.

¹³ Cass. com., 8 nov. 2005, n° 04-12.322 : Inédit ; RJDA 2006, n° 490.

¹⁴ Cass. com., 20 mars 1972, n° 70-14.154 : Bull. civ. IV, n° 93 ; RTD civ. 1972, p. 779, obs. G. Durry ; JCP G, 1973, II, 17543, note J. Schmidt ; Cass. com., 7 janv. 1997, n° 94-21.561 : Inédit ; D. 1998, p. 45, note P. Chauvel ; Cass. com., 8 nov. 2005, n° 04-12.322 : Inédit ; RJDA 2006, n° 490.

¹⁵ Cass. com., 22 mars 2017, n° 15-14.875 : Inédit ; Cass. 3^e civ., 30 nov. 2017, n° 14-20.449 : Inédit.

¹⁶ Cass. com., 14 déc. 2004, n° 02-10.157 : Inédit.

¹⁷ Cass. com., 7 avr. 1998, n° 95-20.361 : Inédit ; RJDA 1998, n° 937 ; JCP E 1999, n° 4, p. 169, obs. P. Mousseron ; D. 1999, p. 514, note P. Chauvel.

¹⁸ Cass. com., 11 juill. 2000, n° 97-18.275 : Inédit ; Contrats, conc. consom. 2000, comm. 174, note L. Leveneur.

beaucoup moins nombreux que ne l'affirment les sources existantes.

D'abord, les sources existantes, dont l'article 1112 du Code civil, écartent unanimement la réparation de la perte des gains attendus du contrat projeté par les pourparlers et très majoritairement la réparation de la perte de chance d'obtenir les gains attendus de ce contrat¹. Or, la conclusion du contrat envisagée lors des pourparlers est purement éventuelle en vertu de la liberté contractuelle, donc l'exécution de ce contrat est purement éventuelle et la chance d'obtenir cette exécution est purement éventuelle. Par suite, le fait de ne pas obtenir les gains attendus de ce contrat n'est pas un préjudice certain : il n'est ni une perte éprouvée faute d'amoindrissement patrimonial ni un gain manqué lequel n'est réparé que s'il est de survenance normale alors qu'ici le gain est purement éventuel. C'est pourquoi l'article 1112 du Code civil, dans sa rédaction issue de la réforme de 2016, affirme que la responsabilité pour rupture fautive des pourparlers ne peut compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu. Aussi, la chance d'obtenir le gain inhérent à cette exécution est purement éventuelle, si bien que la perte de cette chance n'est pas un préjudice réparable, ce qui fut confirmé par la loi du 20 avril 2018, de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, à l'article 1112 du Code civil, parce que ce préjudice n'est pas certain et non pour une question d'absence de causalité souvent évoquée. Symétriquement, ce raisonnement peut être tenu pour les pertes de chance de conclure et d'obtenir l'exécution d'un contrat avec un tiers qui ne sont pas des préjudices réparables. Certes les sources doctrinales et jurisprudentielles soutiennent le contraire². Mais ces chances de conclure et d'obtenir le gain inhérent à l'exécution du

¹ J. Schmidt, *La période précontractuelle en droit français*, RID comp. 1990, p. 545 et s. ; B. Lassale, *Les pourparlers*, RRJ 1994, p. 825 et s. ; P. Mousseron, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, RTD com. 1998, p. 243 ; P. Le Tourneau, *La rupture des négociations*, RTD com. 1998, p. 479 et s. ; J. Mestre, *La période précontractuelle et la formation du contrat*, Petites affiches, 5 mai 2000, p. 7 et s. ; O. Deshayes, *Le dommage précontractuel*, RTD com. 2004, p. 187 et s. ; J. Ghestin, *Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers* JCP G, 2007, I, 157 ; P. Puig, *La phase précontractuelle*, Dr. et patr. n° 258, mai 2016, p. 52 ; P. Chauviré, *Négociation, offre et conditions générales : principes et clauses contractuelles*, JCP N 2016, n° 1111 ; I. Beyneix et L.-C. Lemmet, *La négociation des contrats*, RTD Com. 2016, p. 1 ; P. Grosser, *La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016*, AJ Contrats 2016, p. 270 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 179 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 55 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-13 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, p. 276 ; *Lamy Droit du contrat*, juin 2019, n° 198 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 39 et 41 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1112 à 1112-2, Négociations*, sept. 2020, n° 39 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 90 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 47 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1079 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 278 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 189 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 83 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 194 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 55 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 180.

² B. Lassale, *Les pourparlers*, RRJ 1994, p. 825 et s. ; P. Le Tourneau, *La rupture des négociations*, RTD com. 1998, p. 479 et s. ; J. Ghestin, *Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers* JCP G, 2007, I, 157 ; I. Beyneix et L.-C. Lemmet, *La négociation des contrats*, RTD com. 2016, p. 1 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 179 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 55 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-13 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, p. 276 ; *Lamy Droit du contrat*, juin 2019, n° 197 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 39 et 41 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1112 à 1112-2, Négociations*, sept. 2020, n° 45 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p.

contrat sont purement éventuelles car la conclusion du contrat avec le tiers est purement éventuelle, tout comme l'exécution de celui-ci l'est, donc la chance d'obtenir celles-ci est purement éventuelle, si bien que la perte de ces chances n'est pas un préjudice réparable. Surtout, ces chances sont antérieures à la rupture, donc même si leur perte était un préjudice réparable, celui-ci ne serait pas en lien de causalité avec la rupture fautive.

Ensuite, les frais de négociation qui englobent notamment les frais des études, de déplacements, de préparation du contrat par recrutement ou publicité par exemple, sont réparables selon la majorité des sources, même si quelques auteurs écartent leur réparation parce que ces frais feraient partie des frais généraux¹. Néanmoins, ces frais sont par nature antérieurs à la rupture des pourparlers, donc ne sont pas en lien de causalité avec celle-ci, si bien qu'ils ne sont pas réparables sur le fondement de la rupture fautive. C'est pourquoi, en pratique il est plus intéressant d'établir le caractère fautif des volontés précontractuelles antérieures à la rupture des pourparlers et en particulier de la première volonté manifestée, laquelle est en lien de causalité avec les frais qu'elle a suscités.

Enfin, est réparable le préjudice de déception comme le font remarquer quelques sources², ou celui d'atteinte à la réputation comme l'indiquent des sources plus nombreuses³.

90 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 47 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 180.

¹ J. Schmidt, *La période précontractuelle en droit français*, RID comp. 1990, p. 545 et s. ; B. Lassale, *Les pourparlers*, RRJ 1994, p. 825 et s. ; P. Mousseron, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, RTD com. 1998, p. 243 ; Ph. Le Tourneau, *La rupture des négociations*, RTD com. 1998, p. 479 et s. ; J. Mestre, *La période précontractuelle et la formation du contrat*, Petites affiches, 5 mai 2000, p. 7 et s. ; O. Deshayes, *Le dommage précontractuel*, RTD com. 2004, p. 187 et s. ; J. Ghestin, *Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers* JCP G, 2007, I, 157 ; LPA, 7 mars 2016, p. 8, obs. M. Mignot, art. 1116 ; I. Beyneix et L.-C. Lemmet, *La négociation des contrats*, RTD Com. 2016, p. 1 ; P. Grosser, *La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016*, AJ Contrats 2016, p. 270 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 178 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 55 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-13 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, p. 276 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 32 ; *Lamy Droit du contrat*, juin 2019, n° 197 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 41 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 20 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1112 à 1112-2, Négociations*, sept. 2020, n° 44 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 90 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 47 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1079 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 278 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 189 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 83 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 194 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 55 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 180.

² P. Mousseron, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, RTD com. 1998, p. 243 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1112 à 1112-2, Négociations*, sept. 2020, n° 40 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 180.

³ J. Schmidt, *La période précontractuelle en droit français*, RID comp. 1990, p. 545 et s. ; B. Lassale, *Les pourparlers*, RRJ 1994, p. 825 et s. ; P. Le Tourneau, *La rupture des négociations*, RTD com. 1998, p. 479 et s. ; J. Mestre, *La période précontractuelle et la formation du contrat*, LPA, 5 mai 2000, p. 7 et s. ; O. Deshayes, *Le dommage précontractuel*, RTD com. 2004, p. 187 et s. ; J. Ghestin, *Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers* JCP G, 2007, I, 157 ; P. Mousseron, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, RTD com. 1998, p. 243 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 32 ; *Lamy Droit du contrat*, juin 2019, n° 197 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1112 à 1112-2, Négociations*, sept. 2020, n° 46 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 47 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 55.

Ainsi, deux volontés des pourparlers sont relatives à un consentement complet de leur auteur ; deux autres sont liées à un consentement complet de leur destinataire.

Chapitre II. Les volontés relatives à un consentement complet de leur destinataire

105. Les volontés de recevoir un consentement complet (**Section I**) ou une information sur celui-ci (**Section II**) sont évoquées en doctrine et en jurisprudence avec une terminologie fluctuante, donc elles doivent être bien conceptualisées pour être bien régies.

Section I. La volonté de recevoir une manifestation d'un consentement complet

106. La volonté de recevoir un consentement complet doit être définie et illustrée (**I**), avant de pouvoir déterminer son régime (**II**).

I. La définition de la volonté de recevoir un consentement complet

107. Les apparitions existantes. Des cas de volonté de recevoir un consentement complet sont mentionnés par les sources existantes sous des vocables très différents, sans que cette volonté ne soit conceptualisée lors de l'étude des pourparlers, des négociations en général, ou de l'invitation à entrer en pourparlers en particulier.

En premier lieu, des exemples apparaissent en doctrine et en jurisprudence.

En doctrine, les exemples de volonté de recevoir un consentement complet sont de façon générale la manifestation de volonté de susciter des offres¹, ou plus particulièrement, la demande d'une personne à une autre des conditions dans lesquelles cette dernière pourrait répondre contractuellement à ses besoins², la suggestion d'un contrat dont l'auteur laisse à son destinataire le soin de préciser le contenu de ce contrat³, les petites annonces recherchant un bien ou un emploi⁴, ou l'appel d'offre de droit public⁵.

¹ A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 80 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 42 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 261 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 73 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1112 à 1112-2, Négociations*, sept. 2020, n° 8 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 408 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 77 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 197.

² R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 550 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 108 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 132 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 165.

³ J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 132.

⁴ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 11 et s.

⁵ 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 18 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 42 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014,

En jurisprudence, apparaît une volonté de recevoir un consentement complet dans la demande de modification d'un projet de contrat¹, ou la précision dans des bons de commande, par une société que ses « offres » ne devenaient définitives et ne constituaient un engagement qu'après « ratification » de sa part, et que toute commande ne serait considérée comme ferme qu'après « acceptation » par elle².

En second lieu, deux expressions utilisées pour désigner cette volonté de recevoir un consentement complet n'emportent pas notre suffrage.

Primo, l'expression d'invitation à entrer en pourparlers ou en négociations, de l'article 1114 du Code civil, est utilisée afin de désigner les volontés qui ne constituent pas une offre, car celles-ci ne présentent pas les conditions d'existence de cette dernière, donc elle ne permet pas de désigner la volonté de recevoir un consentement complet en la distinguant des autres.

Secundo, l'expression d'appel d'offre devrait être cantonnée à la volonté de recevoir un consentement complet, car un appel d'offre est précisément un appel d'un consentement complet, mais cette expression est utilisée aussi pour désigner d'autres notions, si bien qu'elle n'emporte pas notre adhésion.

108. La définition proposée. Il n'est pas nécessaire d'utiliser une qualification particulière afin de désigner la volonté de recevoir un consentement complet. Or, celle-ci présente les quatre caractères de l'instrument précontractuel : elle est une manifestation de volonté, d'un des cocontractants potentiels, antérieure à la conclusion du contrat et qui règle indirectement plusieurs des questions que sont le principe et la date de conclusion du contrat, son contenu, ses parties et sa forme, puisqu'elle est relative à un consentement complet et futur. Ainsi, elle est un fait matériel et n'est pas un acte juridique, car elle ne tend pas vers la production d'un effet de droit, mais tend vers la réception d'un consentement complet. Plus précisément, elle connaît des applications diverses.

D'abord, cette volonté de recevoir un consentement complet peut être manifestée à différentes étapes des négociations évoquées par l'article 1112 du Code civil que sont l'initiative, le déroulement et la rupture de celles-ci. De fait, cette volonté peut être la première étape de la

n° 119 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1112-1112-2, Négociations*, sept. 2020, n° 8 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 132.

¹ Cass. com., 7 janv. 1997, n° 94-21.561 : Inédit ; D. 1998, p. 45, note P. Chauvel.

² Cass. com., 6 mars 1990, n° 88-12.477 : Bull. civ. IV, n° 74 ; JCP 1990, II, 21583, note B. Gross ; RTD civ. 1990, p. 462, obs. J. Mestre ; RTD com. 1990, p. 627, obs. B. Bouloc ; D. 1991, somm. p. 317, obs. J.-L. Aubert ; Defrénois, 30 mars 1991 n° 6, p. 356, obs. J.-L. Aubert ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 90 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 261 et s. ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-19 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd.,

période précontractuelle, lorsqu'une personne désire recevoir une offre d'une autre personne. Cependant, une personne peut manifester cette volonté pour poursuivre la période précontractuelle, après avoir reçu une offre qui ne la satisfait pas, afin d'en susciter une autre, ou plus généralement, à la suite de tout instrument précontractuel.

Ensuite, le consentement complet que la personne veut recevoir peut être défini de façon fermée en définissant précisément les effets abstraits et leurs éléments concrets essentiels à la complétude, ou de manière ouverte, soit sans définir un de ces effets ou éléments, soit en en définissant au moins un par la technique de la fourchette : par exemple, le propriétaire de 100 actions demande de recevoir une offre d'achat de 50 à 100 de ses actions.

Une fois cette volonté définie, son régime peut être déterminé.

II. Le régime de la volonté de recevoir un consentement complet

109. Les fautes. En vertu de l'article 1112 du Code civil consacrant la liberté des pourparlers, le principe est que la manifestation d'une volonté de recevoir un consentement complet est libre. Ponctuellement, celle-ci peut être une faute extracontractuelle sans volonté sérieuse ou possibilité réelle de contracter.

D'une part, par analogie avec les cas de volontés fautives de manifester un consentement complet, cette impossibilité est notamment celle de financer seul le contrat, l'impossibilité économique du contrat projeté en raison de la situation d'un protagoniste, ou l'impossibilité technique de former et d'exécuter le contrat projeté. En effet, le fait pour une personne de demander à une autre de lui envoyer un consentement complet, sans avoir la possibilité de conclure le contrat projeté par ce consentement, est un comportement civilement défaillant parce que le contrat ne peut être conclu et exécuté en réalité.

D'autre part, la manifestation de volonté de recevoir un consentement complet sans volonté sérieuse de recevoir ce dernier rend celle-ci fautive.

D'abord, cette absence de volonté sérieuse est caractérisée si la personne ayant manifesté celle-ci a déjà conclu le contrat projeté avec un tiers, ce qui l'empêche de conclure le même avec une autre personne. Par exemple, dans un arrêt¹, la société Deville choisit dès le 18 décembre 1989 de substituer sa filiale à la société Pierre Industrie, avec laquelle elle avait conclu de multiples contrats, mais elle ne mit pas fin aux pourparlers concernant un contrat

2013, n° 110 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 465.

¹ Cass. com., 25 févr. 2003, n° 01-12.660 : Inédit.

cadre devant régir ses relations contractuelles avec la société Pierre Industrie, sollicitant, par courrier du 22 décembre 1989, une modification du projet de contrat cadre sur deux points, avant de rompre abusivement les pourparlers. Or, à nos yeux, la première faute délictuelle était ici la manifestation de volonté de recevoir un consentement modifié pour le contrat cadre alors que la décision de ne plus contracter avec la société Pierre Industrie avait été déjà prise ; la rupture ne fut que la dernière faute. Au contraire, la notification à une personne d'une volonté de recevoir un consentement complet en parallèle de négociations avec un tiers n'est pas une faute civile délictuelle.

Ensuite, l'absence de volonté sérieuse existe évidemment si la personne manifestant le volonté de recevoir un consentement complet a la volonté interne de ne jamais conclure le contrat projeté et donc la volonté de nuire au destinataire de la demande.

Enfin, l'absence de volonté sérieuse peut être établie par l'omission d'un point essentiel à la complétude dans la demande de consentement complet.

110. Les préjudices. Il y a plus de préjudices causés par une volonté fautive de recevoir un consentement complet qu'au stade de la rupture des pourparlers.

D'abord, en présence d'une volonté fautive de recevoir un consentement complet, la conclusion du contrat projeté est purement éventuelle et le gain attendu de l'exécution de ce contrat est purement éventuel. Dès lors, le fait de ne pas obtenir les gains attendus de ce contrat n'est pas un préjudice certain : il n'est ni une perte éprouvée faute d'amoindrissement patrimonial ni un gain manqué lequel n'est réparé que s'il est de survenance normale alors qu'ici le gain est purement éventuel. De même, la chance de conclure ce contrat est purement éventuelle, donc la chance d'obtenir le gain attendu de l'exécution de ce contrat est purement éventuelle, si bien que la perte de cette chance de conclure et la perte de chance d'obtenir ce gain ne sont pas réparables. Symétriquement, le même raisonnement peut être réalisé pour les pertes de chance de conclure et d'obtenir l'exécution d'un contrat avec un tiers.

Ensuite, les frais de négociation qui englobent notamment les frais des études, de déplacements, de préparation du contrat par recrutement ou publicité par exemple, sont réparables s'ils sont causés par la volonté fautive de recevoir un consentement complet. Par conséquent, si la volonté fautive de recevoir un consentement complet a ouvert la période précontractuelle, tous les frais de négociation sont réparables parce que ceux-ci ont été causés par cette faute. En revanche, si la volonté fautive de recevoir un consentement complet a continué cette phase, seuls les frais de négociations engagés à la suite de cette volonté sont

réparables car causés par cette faute.

Enfin, sont réparables les préjudices de déception ou d'atteinte à l'image.

Ainsi, la première des deux manifestations de volontés relatives à un consentement complet et futur du destinataire de celles-ci est la volonté de recevoir un tel consentement ; la seconde est la volonté de recevoir une information sur celui-ci.

Section II. La volonté de recevoir une information sur un consentement complet

111. Cette volonté n'est pas conceptualisée comme un instrument précontractuel donc elle doit être définie (I), avant de déterminer son régime (II).

I. La définition de la volonté de recevoir une information sur un consentement complet

112. Les apparitions existantes. Des cas avec cette volonté sont mentionnés en doctrine et en jurisprudence.

En premier lieu, les exemples de la demande d'une personne à une autre des conditions dans lesquelles cette dernière pourrait répondre contractuellement à ses besoins¹, et de la demande de renseignements², renvoient indifféremment à la volonté de recevoir une information sur un consentement complet et la volonté de recevoir un consentement complet. Au contraire, les cas de la lettre d'interrogation par laquelle un négociateur sonde les intentions de son interlocuteur³, ou de la demande d'informations sur les intentions contractuelles d'une personne⁴, renvoient à la volonté de recevoir une information et non un consentement. Or, la doctrine utilise les expressions d'invitation à entrer en pourparlers ou d'appel d'offre pour désigner cette volonté, mais celles-ci servent à désigner de nombreuses volontés précontractuelles, sans les distinguer et sont donc à éviter.

En second lieu, cette volonté apparaît dans des arrêts évoquant une demande de renseignements adressée au propriétaire d'un chalet sur les modalités de sa vente éventuelle⁵, une demande des informations sur plusieurs produits afin de réaliser un choix⁶, ou une lettre par laquelle un pilote demande des informations sur les intentions de son sponsor quant à la

¹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 108 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 132 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 165.

² J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 42.

³ *Lamy Droit du contrat*, oct. 2013, n° 115-10 et 105-33 ; *Lamy Droit du contrat*, juin 2019, n° 157.

⁴ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 17 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 17.

⁵ Cass. 1^{er} civ., 17 déc. 1958 : Bull. civ. I, n° 579 ; D. 1959, jurispr. p. 33 ; RTD civ. 1959, p. 336, obs. J. Carbonnier.

⁶ Cass. com., 20 mars 1972, n° 70-14.154 : Bull. civ. IV, n° 93 ; RTD civ. 1972, p. 779, obs. G. Durry ; JCP G. 1973, II, 17543, note J. Schmidt.

conclusion d'un autre contrat¹.

113. La définition proposée. Cette volonté présente les quatre caractères des instruments précontractuels en tant que manifestation de volonté, d'un des cocontractants potentiels, antérieure à la conclusion du contrat et qui règle indirectement plusieurs des problèmes que sont le contenu du contrat, ses parties et sa forme, puisqu'elle demande une information relative à un consentement complet et futur. Toutefois, elle n'est pas un acte juridique, puisqu'elle ne tend pas vers la production d'un effet juridique : elle est un simple fait matériel tendant à la réception d'une information et connaît des applications diverses.

D'une part, cette volonté de recevoir une information sur un consentement complet et futur peut concerner un effet abstrait essentiel à la complétude afin de connaître le contrat spécial qui peut être conclu, ou un élément concret essentiel à la complétude pour déterminer pratiquement la nature et la quotité de l'objet de chaque obligation.

D'autre part, cette volonté peut intervenir à divers moments des négociations évoqués par l'article 1112 du Code civil, pour les débiter ou les continuer : ainsi, ponctuellement elle peut constituer une faute.

II. Le régime de la volonté de recevoir une information sur un consentement complet

114. Les fautes. Le régime de cette volonté est substantiellement régi par la liberté des pourparlers consacrée par l'article 1112 et subsidiairement marqué par l'application de la responsabilité extracontractuelle lorsque cette volonté est une faute civile délictuelle, si celle-ci est extériorisée sans volonté sérieuse ou possibilité réelle de contracter.

D'une part, l'absence de possibilité réelle de contracter pour celui qui demande une information au sujet d'un consentement complet peut être notamment l'impossibilité cachée de financer seul le contrat projeté, l'impossibilité économique du contrat projeté en raison de la situation d'un protagoniste, ou l'impossibilité technique de former et d'exécuter le contrat projeté. En effet, le fait pour une personne de demander à une autre de lui envoyer une information sur un consentement complet et futur, sans avoir la possibilité de conclure le contrat projeté par ce consentement, est un comportement civilement défaillant parce qu'il incite une personne à donner une information sur un consentement à un contrat ne pouvant être conclu en réalité.

D'autre part, l'absence de volonté sérieuse de conclure est caractérisée si la personne ayant

¹ Cass. 1^{re} civ., 24 nov. 1998, n° 95-21.074 : Bull. civ. I, n° 328 ; D. 1999, somm. p. 110, obs. P. Delebecque ; RTD civ. 1999, p. 398, obs. J. Mestre.

manifesté la volonté de recevoir une information sur un consentement complet a déjà conclu le contrat projeté avec un tiers et ne peut donc plus conclure le même contrat, ou a la volonté interne de ne jamais conclure le contrat projeté et la volonté de nuire au destinataire de la demande d'information en lui faisant perdre du temps et de l'argent ou afin d'obtenir une information confidentielle sur les produits de cette dernière. Inversement, la notification à une personne d'une volonté de recevoir une information sur un consentement complet en parallèle de négociations avec un tiers n'est pas une faute civile délictuelle.

115. Les préjudices. Il y a plus de préjudices causés par une volonté fautive de recevoir des informations sur un consentement qu'au stade de la rupture des pourparlers.

D'abord, en présence d'une volonté fautive de recevoir une information sur un consentement complet, la conclusion du contrat projeté est purement éventuelle et la chance de le conclure est aussi purement éventuelle, alors que le gain attendu de l'exécution de ce contrat est purement éventuel et que donc la chance de l'obtenir l'est aussi. Par suite, le fait de ne pas obtenir les gains attendus de ce contrat n'est pas un préjudice certain : il n'est ni une perte éprouvée faute d'amoindrissement patrimonial ni un gain manqué lequel n'est réparé que s'il est de survenance normale alors qu'ici le gain est purement éventuel. Symétriquement, la perte de cette chance purement éventuelle de conclure et la perte de chance purement éventuelle d'obtenir ce gain ne sont pas réparables. D'ailleurs, le même raisonnement vaut pour les pertes de chance de conclure et d'obtenir l'exécution d'un contrat avec un tiers.

Ensuite, les frais de négociation qui englobent notamment les frais des études, de déplacements, de préparation du contrat par recrutement ou publicité par exemple, sont réparables s'ils sont causés par la volonté fautive de recevoir des informations sur un consentement complet. En conséquence, si la volonté fautive de recevoir une information sur un consentement complet a ouvert la période précontractuelle, tous les frais de négociation sont réparables parce qu'ils ont été causés par cette faute. Inversement, si la volonté fautive de recevoir une information sur un consentement complet a continué la période précontractuelle, seuls les frais de négociations engagés à la suite de cette volonté sont réparables car causés par cette faute. C'est dire qu'en pratique il est plus intéressant d'établir le caractère fautif de cette volonté que celui de la rupture des pourparlers, laquelle est nécessairement postérieure aux frais de négociations qui ne sont pas en lien de causalité avec cette rupture et ne sont donc pas réparables si la seule faute réside dans cette rupture.

En outre, sont réparables les préjudices de déception ou d'atteinte à l'image.

Enfin est réparable le préjudice d'utilisation non autorisée des informations obtenues.

En somme, les pourparlers ou négociations englobent quatre instruments précontractuels relatifs à des consentements complets ; ils comportent aussi neuf instruments précontractuels relatifs à des consentements incomplets.

Titre II. Les instruments des pourparlers relatifs à un consentement incomplet

116. Le consentement incomplet est celui auquel il manque au moins un effet abstrait, un élément concret ou la forme essentiels à sa complétude. Ainsi, il se situe en amont de l'*iter contractus*, au début duquel se situe le consentement le plus incomplet et à la fin duquel se trouve le consentement complet. Or, les neuf instruments précontractuels relatifs à un consentement incomplet ne sont guère conceptualisés : ils se répartissent en deux groupes, selon que ce consentement incomplet est présent (**Chapitre I**) ou futur (**Chapitre II**).

Chapitre I. Les instruments relatifs à un consentement incomplet et présent

117. Le premier de ces instruments liés à un consentement incomplet et présent est la manifestation d'un consentement incomplet (**Section I**) et les deux autres sont des contrats créant des obligations de ne pas anéantir un consentement incomplet (**Section II**).

Section I. La manifestation d'un consentement incomplet

118. La volonté de contracter incomplète doit être conceptualisée (**I**), afin que son régime puisse être déterminé (**II**).

I. La définition du consentement incomplet

119. Les apparitions existantes. Les sources existantes envisagent les hypothèses dans lesquelles une volonté n'est pas une offre, faute de contenir les éléments essentiels au contrat, en considérant qu'il manque à cette volonté la condition d'existence de l'offre qu'est la précision. Or, nous préférons le terme de complétude, afin de désigner le fait qu'un consentement ne constitue une offre que si celui-ci contient les effets abstraits, les éléments concrets essentiels à la complétude et prend la forme essentielle à celle-ci. Ainsi, les sources existantes utilisent pour désigner le consentement incomplet des expressions qui leur servent à

désigner nombre d'autres notions.

Primo, le consentement qui est incomplet, car il lui manque un élément essentiel est le plus souvent qualifié d'invitation à entrer en pourparlers¹, ou d'invitation à entrer en négociation², comme le fait l'article 1114 du Code civil. Or, ces expressions ne peuvent satisfaire car elles sont utilisées pour désigner ce consentement incomplet, mais aussi diverses volontés précontractuelles qui ne présentent pas les deux conditions d'existence classiques de l'offre que sont la précision ou complétude et la fermeté.

Secundo, le consentement incomplet est appréhendé par les sources existantes lorsqu'elles évoquent la *punctatio*³, qui renvoie à deux réalités. La première est l'élaboration du contrat par étapes. Or, à nos yeux, les étapes vers la rencontre des consentements complets peuvent être une succession de consentements incomplets : les premiers étant très incomplets et les suivants étant moins incomplets. Par exemple, cette succession de consentements incomplets existe dans les négociations de contrat de fusion de sociétés de taille importante. La deuxième réalité à laquelle renvoie le terme de *punctatio* est l'écrit fixant les éléments sur lesquels les partenaires précontractuels sont d'accord et pouvant renvoyer à divers instruments

¹ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 132 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 6 et 53 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 17 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 398 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 27 ; H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 132 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012 n° 18 ; F. Terré, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008, art. 15 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 263 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 841 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 108 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-7 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 49 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 248 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 119 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 133 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 57 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 465 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 74 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 139 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 4^e éd., 2016, n° 259 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 165 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz, V° Contrat : formation*, janv. 2019, n° 45 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 50 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 279 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 171 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 51 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 139 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 77 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 199.

² I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 103 et s. ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 119 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 57 ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 200 ; Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 19 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 40 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 15 ; *Lamy Droit du contrat*, janv. 2020, n° 150 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 83 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 97 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 265 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 413 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 71 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 132.

³ E. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 64 et s. ; P. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, th. Lyon, 1911, p. 146 ; A. Rieg, *La punctation, Contribution à l'étude de la formation successive du contrat*, Mélanges A. Jauffret, LGDJ, 1974, p. 593 et s. ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 337 ; B. Lassale, *Les pourparlers*, RRJ 1994, p. 825 et s. ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 721 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 187 ; B. Haftel, *La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, Gaz. Pal. 30 avr. 2015, n° 120, p. 8 ; *Lamy Droit du contrat*, juin 2019, n° 135 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 276 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse*

précontractuels : l'écrit comportant les consentements incomplets et identiques de ces partenaires qui coexistent sans se rencontrer, ou les deux contrats unilatéral et synallagmatique obligeant à ne pas anéantir un consentement incomplet.

Tertio, le consentement incomplet est aussi appréhendé sous les expressions d'offre de pourparlers¹, de simple entrée en pourparlers², de simple proposition³, ou d'appel d'offre⁴. Néanmoins, ces expressions désignent des notions très différentes, précontractuelles ou non, donc il est préférable de ne pas les utiliser.

Quarto, le consentement incomplet est parfois appréhendé par les sources existantes avec les expressions d'accord de principe⁵, de lettre d'intention⁶, de protocole d'accord⁷, d'accord partiel⁸, d'accord préparatoire⁹, lorsque celles-ci désignent l'écrit fixant les éléments sur lesquels les partenaires précontractuels sont d'accord. Or, à nos yeux, cet écrit peut être, soit celui qui contient les consentements incomplets et identiques des partenaires précontractuels qui coexistent sans se rencontrer, soit celui qui contient des obligations de ne pas anéantir des

unilatérale, oct. 2020, n° 15 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 213.

¹ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 6 ; P. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. Aix, 1981, n° 140 ; B. Lassale, *Les pourparlers*, RRJ 1994, p. 825 et s. ; H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 132 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 248 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 209.

² R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 550 ; A. Hilsenrad, *Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat*, th. Paris, 1932, p. 51.

³ A. Coherier, *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, th. Paris, 1939, p. 38 ; A. Hilsenrad, *Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat*, th. Paris, 1932, p. 51 ; J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 60.

⁴ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 10 et 53 ; J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 60 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 108 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 133 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 265 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 197.

⁵ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 73 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 721 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 187 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 295 ; *GAJ civ. 2015*, t. 2, n° 145, p. 20 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 21 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 251 et 278 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 213 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 15 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 70.

⁶ M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 289 et s. ; F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, th. Paris 1, 1993, LGDJ, 1994, n° 218 et s. ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 407 ; *GAJ civ. 2015*, t. 2, n° 145, p. 20 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 15 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 251 et 278.

⁷ J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46 et s., n° 4 ; *Lamy Droit du contrat*, oct. 2013, n° 115-34 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 251 et 278 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 67.

⁸ R. Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, RTD civ. 1907, p. 697 et s. ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 456 ; M. S. Zaki, *Le formalisme conventionnel, illustration de la notion de contrat-cadre*, RID comp. 1986, p. 1043 et s., n° 41 ; J. Schmidt-Szalewski, *La période précontractuelle en droit français*, RID comp. 1990, p. 561 ; F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, th. Paris 1, 1993, LGDJ, 1994, n° 259 ; B. Lassale, *Les pourparlers*, RRJ 1994, p. 825 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 189 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, 14^e éd., Dalloz, 2014, n° 764 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 15.

⁹ R. Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, RTD civ. 1907, p. 697 et s. ; A. Coherier, *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, th. Paris, 1939, p. 25.

consentements incomplets. Toutefois, il est préférable ne pas utiliser ces diverses expressions car celles-ci servent à désigner des notions très différentes.

Quinto, la doctrine utilise les expressions d'invitation à entrer en pourparlers¹, d'invitation à négocier², de simple proposition³, ou d'offre de pourparlers⁴, afin de désigner la volonté manquant prétendument de fermeté par présence d'une prétendue réserve d'agrément. Or, à nos yeux, dans ces hypothèses, si la volonté de contracter n'est pas une offre, c'est parce qu'elle est incomplète⁵.

120. La définition proposée. Le consentement incomplet est, comme l'offre et d'acceptation, une manifestation de volonté, qui tend vers la production d'un effet de conclusion. Néanmoins, à la différence de celles-ci, qui sont des consentements complets, le consentement incomplet ne présente pas tous les effets abstraits, éléments concrets et forme essentiels à la complétude. Par conséquent, il ne peut produire l'effet de conclusion et constitue un fait matériel. Pourtant, il est un instrument précontractuel dont il présente les quatre caractères : il est antérieur à la conclusion du contrat, manifesté par un cocontractant potentiel et règle directement une partie des problèmes que sont le principe et la date de conclusion du contrat, son contenu, ses parties et sa forme. Ainsi, les utilisations du consentement incomplet interviennent à différents stades des négociations, évoqués par l'article 1112 du Code civil que sont l'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers. D'abord, le consentement incomplet peut initier la période précontractuelle. C'est le cas de l'annonce manifestant un consentement à une vente d'une maison, sans prix précisé. Ensuite, le consentement incomplet peut poursuivre la période précontractuelle et les négociations. Souvent, il suit un consentement plus incomplet et précède un consentement moins incomplet, voire complet. Ainsi, ce consentement incomplet s'inscrit dans un processus d'élaboration du contrat par des étapes, lesquelles constituent autant de consentements incomplets, ce qui est courant pour les contrats aux enjeux économiques lourds et à la négociation difficile. Par exemple, si des personnes négocient un contrat de construction d'un

¹ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 43 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, 3^e éd., PUF, 2012, p. 261 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 110 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 119 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 135 ; P. Chauvel, Rép. civ. Dalloz, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 90 et 93 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 20 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-19.

² A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 57 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 119 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 97.

³ R. Cabrillac, *Droit des obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2014, n° 49.

⁴ G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 102 ; B. Lassale, *Les pourparlers*, RRJ 1994, p. 825 et s. ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 249.

⁵ Voir ci-dessus l'étude de l'*intuitus personae* au n° 73 et ci-dessous la notion de réserve d'agrément dans l'offre n° 191 et s.

immeuble de bureaux, elles vont manifester des consentements incomplets décrivant les effets abstraits essentiels à la complétude, puis d'autres consentements incomplets précisant les éléments concrets essentiels à la complétude que sont le terrain constructible, avant d'en manifester d'autres définissant la structure de l'immeuble, pour finir par manifester des consentements complets détaillant toute l'opération.

De plus, ce consentement incomplet peut être manifesté à la suite d'un consentement complet, afin de signifier un désaccord sur un effet abstrait ou un élément concret. Par exemple, une personne ayant reçu une offre d'achat de deux parcelles agricoles de la plaine de l'Angélus, à un prix donné, répond qu'elle veut vendre seulement l'une de celles-ci sans préciser de prix.

Ainsi, en pratique les consentements incomplets sont très nombreux, car ils sont plus faciles à manifester que les consentements complets et leur régime est léger.

II. Le régime du consentement incomplet

121. Les fautes. Parce que le consentement incomplet est un fait matériel et non un acte juridique, son régime ne pose pas de problèmes de conditions de validité, de preuve laquelle est libre, d'effets et d'extinction. Dès lors, le principe est la liberté de manifestation d'un consentement incomplet en vertu de l'article 1112 du Code civil, consacrant la liberté des pourparlers. Ponctuellement, cette volonté de contracter incomplète constitue une faute civile délictuelle car elle est extériorisée soit sans volonté sérieuse de contracter, soit sans possibilité réelle de contracter.

D'une part, cette impossibilité de conclure le contrat projeté peut être juridique et liée aux conditions de validité (avec par exemple le consentement incomplet à la vente d'un bien indivis par un seul indivisaire), financière, économique ou technique.

D'autre part, une manifestation de consentement incomplet est une faute civile délictuelle si elle est extériorisée en l'absence de volonté sérieuse de conclure le contrat projeté. Premièrement, cette absence peut résulter de la conclusion du contrat avec un tiers, laquelle empêche de conclure le même avec le destinataire du consentement incomplet, mais la manifestation d'un consentement incomplet en parallèle de négociations avec un tiers n'est pas une faute civile délictuelle. Deuxièmement, cette absence de volonté sérieuse existe s'il y a une volonté interne de ne pas conclure, qui s'explique souvent par une volonté de faire perdre du temps et de l'argent au destinataire du consentement incomplet par l'examen de ce dernier, ou par une volonté de dissuader ce destinataire de contracter avec un tiers. Troisièmement, ce défaut de sérieux est caractérisé par la manifestation postérieure d'un

consentement très différent.

122. Les préjudices. Il y a plus de préjudices réparables en présence d'un consentement incomplet et fautif qu'au stade de la rupture des pourparlers.

D'abord, le consentement manifesté étant incomplet, il est situé plus ou moins loin de la complétude sur l'*iter contractus*, donc la conclusion du contrat exige encore la manifestation des consentements complets et apparaît purement éventuelle, tout comme la chance de conclure ce contrat. De même, le gain attendu de l'exécution de ce contrat est purement éventuel et la chance de l'obtenir est purement éventuelle. Par suite, le fait de ne pas obtenir les gains attendus de ce contrat n'est pas un préjudice certain : il n'est ni une perte éprouvée faute d'amointrissement patrimonial ni un gain manqué lequel n'est réparé que s'il est de survenance normale alors qu'ici le gain est purement éventuel. Symétriquement, la perte de cette chance purement éventuelle de conclure et la perte de chance purement éventuelle d'obtenir ce gain ne sont pas réparables. D'ailleurs, le même raisonnement peut être réalisé pour les pertes de chance de conclure et d'exécuter un contrat avec un tiers.

Ensuite, les frais de négociation qui englobent notamment les frais des études, de déplacements, de préparation du contrat par recrutement ou publicité par exemple, sont réparables s'ils sont causés par le consentement incomplet et fautif. Par conséquent, les frais antérieurs à cette volonté fautive ne sont pas réparables et seuls sont réparables ceux qui sont postérieurs à celle-ci. Dès lors, si le consentement incomplet et fautif initie la période précontractuelle, tous les frais de négociations postérieurs à lui sont réparables. Inversement, si le consentement incomplet et fautif poursuit cette période, alors seuls les frais de négociations postérieurs à lui sont réparables au contraire des frais antérieurs à lui.

Enfin, sont réparables les préjudices de déception et d'atteinte à l'image.

Ainsi, la première des notions des pourparlers relatives à un consentement incomplet est la manifestation d'un consentement incomplet ; les deux autres sont des contrats créant des obligations de ne pas anéantir un consentement incomplet.

Section II. Les contrats de non-anéantissement d'un consentement incomplet

123. Les deux contrats créant une obligation de non-anéantissement d'un consentement incomplet doivent être définis (I), avant que leur régime soit déterminé (II).

I. La définition des contrats de non-anéantissement d'un consentement incomplet

124. Les ébauches existantes. Les sources existantes utilisent les expressions d'accord

de principe¹, de lettre d'intention², de protocole d'accord³, d'accord partiel⁴, ou de punctuation⁵, afin de désigner l'écrit fixant les éléments sur lesquels les partenaires précontractuels sont d'accord. Or, cet écrit peut contenir soit les consentements incomplets et identiques qui coexistent sans pouvoir se rencontrer et former un contrat, soit un contrat créant une obligation de ne pas anéantir un consentement incomplet. Néanmoins, ces expressions utilisées par ces sources existantes sont trop diverses et utilisées pour désigner aussi d'autres volontés. C'est pourquoi, nous préférons ne pas utiliser ces expressions.

125. La définition proposée. Les contrats unilatéral et synallagmatique de non-anéantissement d'un consentement incomplet ont pour effet essentiel, une obligation de ne pas anéantir un consentement incomplet, à la charge d'une partie ou de la totalité des cocontractants. Ainsi, au plan pratique, cette obligation permet d'interdire à une personne ayant manifesté un consentement incomplet, de l'anéantir, et ainsi de revenir sur les effets abstraits, les éléments concrets et même la forme essentiels à la complétude, qui sont présents dans ce consentement incomplet. En conséquence, son débiteur ne pourra pas anéantir son consentement incomplet et revenir en arrière sur l'*iter contractus*, qui est le chemin du contrat débutant par le consentement le plus incomplet et se terminant par le consentement complet. Par exemple, si des personnes négocient un contrat de construction d'un ensemble immobilier, elles peuvent avoir manifesté des consentements incomplets décrivant la nature de l'opération

¹ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 73 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 721 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n° 187 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, *Economica*, n° 295 ; *GAJ civ. 2015*, t. 2, n° 145, p. 20 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 251 et 278 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 213 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 15 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 283 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 70 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, *Economica*, 10^e éd., 2021, n° 253.

² M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 293 et s. ; F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, th. Paris 1, 1993, LGDJ, 1994, n° 218 ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 407 ; *GAJ civ. 2015*, t. 2, n° 145, p. 20 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 15 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 251 et 278 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, *Economica*, 10^e éd., 2021, n° 253.

³ *Lamy Droit du contrat*, oct. 2013, n° 115-34 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 251 et 278 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 283 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 67.

⁴ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 456 ; J. Schmidt-Szalewski, *La période précontractuelle en droit français*, RID comp. 1990, p. 561 ; F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, th. Paris 1, 1993, LGDJ, 1994, n° 259 ; B. Lassale, *Les pourparlers*, RRJ 1994, p. 825 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 189 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 764 ; *Lamy Droit du contrat*, juin 2019, n° 176 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1112 à 1112-2, Négociations*, sept. 2020, n° 18 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 20 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 70 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 192 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, *Economica*, 10^e éd., 2021, n° 253.

⁵ M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 331 et s. ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1112 à 1112-2, Négociations*, sept. 2020, n° 18 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 276 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 213 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 15 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, *Economica*, 10^e éd., 2021, n° 253.

juridique et son emplacement à l'exclusion de l'ensemble immobilier lui-même ; avec ce contrat de non-anéantissement de consentement incomplet, elles vont s'interdire d'anéantir ces consentements incomplets et de revenir sur la nature de l'opération et l'emplacement. Or, le régime de ces contrats est centré sur l'inexécution de cette obligation.

II. Le régime des contrats de non-anéantissement d'un consentement incomplet

126. En pratique, les conditions et les extinctions de ces contrats ne posent pas de problème particulier, au contraire de leur inexécution, laquelle se dédouble.

127. L'obligation de ne pas anéantir un consentement incomplet. L'inexécution de cette obligation a deux formes. La première est la destruction matérielle des documents contenant ce consentement incomplet, lequel n'est pas un acte juridique et n'est donc pas révocable. Mais la sanction de cette inexécution par une exécution forcée sous forme d'anéantissement du fait matériel de destruction du consentement incomplet est impossible techniquement. La seconde inexécution de cette obligation est la manifestation d'un consentement incomplet ou complet ne contenant pas les mêmes effets abstraits et éléments concrets essentiels à la complétude que le consentement incomplet à ne pas anéantir. Cependant, l'anéantissement du consentement manifesté et ne reprenant pas le contenu de celui dont l'anéantissement était prohibé, n'a guère d'intérêt pour le créancier de l'obligation de ne pas anéantir le consentement incomplet, qui voulait que le débiteur ne revînt pas sur les effets abstraits et éléments concrets contenus dans ce consentement incomplet. C'est pourquoi, il faut se tourner vers la responsabilité contractuelle, laquelle ne permet pas de réparer de nombreux préjudices. De fait, la conclusion du contrat projeté par le consentement incomplet étant purement éventuelle et l'exécution de ce contrat étant aussi purement incertaine et partiellement inconnue du fait de l'incomplétude du consentement, la perte du gain attendu de cette exécution n'est pas un préjudice certain, parce que ce gain est purement éventuel et partiellement inconnu. De même, les chances d'obtenir la conclusion et l'exécution du contrat étant purement éventuelles et partiellement inconnues, leur perte n'est pas un préjudice réparable. Par ailleurs, les frais de négociations qui regroupent notamment les frais des études, de déplacements, de préparation du contrat par recrutement ou publicité par exemple, ne sont pas réparables parce qu'ils sont antérieurs à l'inexécution de l'obligation de non-anéantissement d'un consentement incomplet. En revanche, sont réparables les préjudices de déception et d'atteinte à l'image. Or, le meilleur moyen contre l'inexécution de cette obligation est une clause pénale prévoyant une réparation forfaitaire de ces deux derniers

préjudices, qui soit élevée sans être excessive et susceptible d'être réduite par le juge.

128. L'obligation de ne pas notifier de consentement incomplet à un tiers. Cette obligation permet d'assurer une exclusivité des négociations à son créancier, car elle interdit la notification à un tiers d'un consentement incomplet. Plus précisément, la notification d'un consentement incomplet à un tiers, qui est un fait matériel, n'est pas susceptible d'être anéantie sur le fondement de l'exécution forcée de l'obligation de non-notification. Parallèlement, la responsabilité contractuelle permet d'obliger à réparer les dommages causés par cette notification à un tiers, qui sont les préjudices de déception et d'atteinte à l'image, pour les raisons précitées.

Ainsi, trois instruments des pourparlers sont relatifs à un consentement incomplet et présent ; six autres sont relatifs à un consentement incomplet et futur.

Chapitre II. Les instruments relatifs à un consentement incomplet et futur

129. Il existe deux contrats créant des obligations de notifier un consentement incomplet à la charge d'une partie ou de la totalité des cocontractants (**Section I**) et quatre volontés unilatérales relatives à un consentement incomplet et futur (**Section II**).

Section I. Les contrats de notification de consentement incomplet et futur

130. Les contrats créant une obligation de notifier un consentement incomplet doivent être définis (**I**), avant de déterminer leur régime (**II**).

I. La définition des contrats de notification d'un consentement incomplet

131. Les ébauches existantes. Les sources existantes esquissent les contrats créant des obligations de notifier un consentement incomplet lorsqu'elles évoquent les contrats créant des obligations de négocier avec des expressions très diverses.

D'abord, la notion d'accord de principe désigne notamment le contrat créant une obligation d'entreprendre ou de poursuivre la négociation, par opposition à la conclusion du contrat¹. Or,

¹ J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46 et s., n° 3 ; J.-M. Mousseron, *La durée dans la formation du contrat*, Mélanges A. Jauffret, LGDJ, 1974, p. 513 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 372 et s. ; J. Cédras, *L'obligation de négocier*, RTD com. 1985, p. 265, n° 10 ; I. Najjar, *L'accord de principe*, D. 1991, p. 57 ; B. Lassale, *Les pourparlers*, RRJ 1994, p. 825 et s. ; B. Beignier, *La conduite des négociations*, RTD com. 1998, p. 463 ; J. Mestre, *La période précontractuelle et la formation du contrat*, LPA, 5 mai 2000, p. 7 et s. ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 447 et s. ; O. Barret, *Variations autour du refus de contracter*, *Mél. J.-L. Aubert*, 2005, Dalloz, p. 3, n° 10 ; Lamy *Droit du contrat*, oct. 2013, n° 115-73 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 763 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 46 ; M. Mekki, *Réforme du droit des obligations : pourparlers, offre et acceptation*,

nous pensons qu'une obligation de négocier est trop imprécise pour respecter les exigences de détermination de la nature et de la quotité de l'objet de l'obligation et pour être un instrument rigoureux. Par suite, il est préférable d'évoquer l'obligation de notifier un consentement incomplet, par opposition à l'obligation de notifier un consentement complet. Dès lors, il ne faut pas utiliser cette notion d'accord de principe, car celle-ci est utilisée par les sources existantes afin de désigner des instruments précontractuels très différents.

Ensuite, les contrats créant des obligations de négocier sont aussi qualifiés de *punctatio*¹, de protocole d'accord², ou de lettre d'intention³, qui sont des expressions utilisées pour qualifier d'autres notions et qui doivent être écartées pour éviter les confusions.

Enfin, les contrats créateurs d'obligations de négocier sont aussi qualifiés de contrats ou d'accords de négociation, d'accords préparatoires, préliminaires, de contrats temporaires ou provisoires⁴. Néanmoins, ces termes étant très larges, il ne faut pas les utiliser.

132. La définition proposée. Les contrats unilatéral et synallagmatique de notification de consentement incomplet ont pour effet essentiel, une obligation de notification de consentement incomplet, à la charge respectivement d'une partie ou de la totalité des futurs cocontractants. Plus précisément, ces contrats peuvent servir d'organisation conventionnelle des modalités des pourparlers définies par les sources existantes comme l'identité des

JCP N 2016, act. 1278 ; M. Poumarède et D. Savouré, *Les avant-contrats*, Dr. et patri. 2016, n° 262, p. 39 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 91 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 171 ; *Lamy Droit du contrat*, juin 2019, n° 165 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1112 à 1112-2, Négociations*, sept. 2020, n° 14 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 251 et 278 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1112-1112-2, Négociations*, sept. 2020, n° 14 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 15 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 283 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 67 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 193 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 252 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 50.

¹ A. Rieg, *La punctation, Contribution à l'étude de la formation successive du contrat*, Mélanges A. Jauffret, LGDJ, 1974, p. 603 ; J. Cédras, *L'obligation de négocier*, RTD com. 1985, p. 265, n° 14 ; B. Lassale, *Les pourparlers*, RRJ 1994, p. 825 et s. ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 251, 276 et 278 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1112-1112-2, Négociations*, sept. 2020, n° 14.

² P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 251 et 278 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1112-1112-2, Négociations*, sept. 2020, n° 14 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 283.

³ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 186 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 46 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 249 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 251 et 278 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1112-1112-2, Négociations*, sept. 2020, n° 14 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 15.

⁴ R. Demogue, *Les contrats provisoires, Études Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 159 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 372 et s. ; J. Schmidt-Szalewski, *La période précontractuelle en droit français*, RID comp. 1990, p. 560 et 562 ; B. Lassale, *Les pourparlers*, RRJ 1994, p. 825 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 186 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 160 ; M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 28 ; *Lamy Droit du contrat*, juin 2019, n° 134 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 36 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 251, 253 et 278 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1112-1112-2, Négociations*, sept. 2020, n° 13 et 14 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 70 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 190 et 193 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 252.

négociateurs, la forme, le calendrier et le lieu de la négociation ou l'exclusivité¹.

D'abord, l'utilité générale de ces contrats est d'obliger une personne à notifier un consentement incomplet à l'avenir, alors qu'au moment de sa conclusion, celle-ci ne peut pas ou ne veut pas le manifester. Par exemple, si un industriel met au point une nouvelle machine, il peut s'obliger envers un acheteur potentiel à notifier un consentement incomplet à une vente de cette machine en indiquant les spécificités finales de celle-ci. Un autre exemple est celui des personnes envisageant de conclure un contrat de construction d'un centre commercial, qui peuvent s'obliger à se notifier des consentements incomplets à ce contrat, déterminant le terrain et la construction, alors qu'au moment de la conclusion du contrat synallagmatique de notification de consentements incomplets, celles-là ne peuvent déterminer ceux-ci.

Ensuite, le consentement incomplet à notifier peut être défini de façon fermée, si les effets abstraits et les éléments concrets essentiels à la complétude sont définis sans avoir de liberté dans leur détermination lors de la manifestation du consentement incomplet, ou de manière ouverte si est laissée une liberté de choix dans un effet abstrait ou un élément concret essentiel à la complétude.

De plus, ces contrats peuvent être utilisés à la suite de la manifestation d'un consentement incomplet, afin d'obliger le débiteur à manifester un consentement moins incomplet que le précédent. Plus précisément, cela permet d'obliger d'avancer vers la complétude, sur l'*iter contractus*. Par exemple, si des personnes négocient la conclusion d'un contrat de construction d'un immeuble à usage de bureaux, après avoir déterminé le terrain, elles peuvent obliger le constructeur potentiel à notifier un consentement incomplet déterminant les structures de cet immeuble, à l'exclusion de son aménagement intérieur.

En outre, ces contrats comportent une condition suspensive ou un terme suspensif, permettant d'imposer de notifier un consentement incomplet lors de la survenance d'un événement futur et incertain ou certain. Par exemple, un producteur de vaccins peut s'obliger à notifier à un acheteur potentiel, un consentement incomplet à une vente, déterminant le nombre de doses qu'il peut vendre, sans mention de prix, si survient une épidémie ; ce prix sera négocié éventuellement une fois le consentement incomplet reçu. Aussi cette condition suspensive peut être le fait que le créancier demande cette notification. Par exemple, un agriculteur peut

¹ J. Cédras, *L'obligation de négocier*, RTD com. 1985, p. 265, n° 14 ; B. Lassale, *Les pourparlers*, RRR 1994, p. 825 et s. ; P. Mousseron, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, RTD com. 1998, p. 243, n° 11 ; M. Mekki, *Réforme du droit des obligations : pourparlers, offre et acceptation*, JCP N 2016, act. 1278 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 249 ; *Lamy Droit du contrat*, juin 2019, n° 169 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1112 à 1112-2, Négociations*, sept. 2020, n° 20.

s'obliger à notifier à un industriel un consentement incomplet à une vente d'un produit, déterminant la quantité qu'il peut lui vendre, sans mention de prix pour le moment, si l'industriel le lui demande.

Enfin, il est possible d'ajouter dans ces contrats de notification de consentement incomplet, une obligation de ne pas notifier un consentement incomplet à un tiers, à la charge d'une partie ou de la totalité des futurs cocontractants, afin d'instaurer une exclusivité.

Ainsi, il existe deux contrats créant une obligation de notifier un consentement incomplet, dont la définition permet de déterminer le régime.

II. Le régime des contrats de notification d'un consentement incomplet

133. Pratiquement, les conditions et les extinctions de ces contrats ne posent pas de difficulté particulière, au contraire de leur inexécution, laquelle se dédouble.

134. L'obligation de notifier un consentement incomplet. Cette obligation est violée par l'absence de notification d'un tel consentement à son créancier. Or, nous soutenons que l'inexécution d'une obligation de notifier un consentement complet, essentielle aux promesses de contrat projetant des consentements, peut être sanctionnée par une exécution forcée sous forme d'insertion par le juge dans sa décision de l'effet de conclusion devant être produit par ce consentement¹. Cependant, ce raisonnement n'est pas transposable à l'inexécution d'une obligation de notifier d'un consentement incomplet, lequel ne produit aucun effet par lui-même. C'est pourquoi une bonne solution consiste ici à demander au juge de condamner le débiteur de l'obligation de notifier un consentement incomplet à le faire sous astreinte. Parallèlement, la responsabilité contractuelle du débiteur permet de réparer de rares préjudices. En effet, la conclusion du contrat projeté est purement éventuelle et l'exécution de ce contrat est à la fois purement éventuelle et partiellement incertaine dans son contenu puisque le consentement à notifier est incomplet. Par suite, le fait de ne pas obtenir les gains attendus de ce contrat n'est pas un préjudice certain : il n'est ni une perte éprouvée faute d'amoindrissement patrimonial ni un gain manqué lequel n'est réparé que s'il est de survenance normale alors qu'ici le gain est purement éventuel. Par ailleurs, les frais de négociations qui sont notamment les frais des études, de déplacements, de préparation du contrat par recrutement ou publicité par exemple, ne sont pas réparables parce qu'ils sont antérieurs à l'inexécution de l'obligation de notification d'un consentement incomplet. En

¹ Voir ci-dessous n° 656 et s.

revanche, sont réparables les préjudices de déception et d'atteinte à l'image si les négociations sont publiques. Dès lors, la meilleure solution est de prévoir une clause pénale fixant la réparation forfaitaire de ces préjudices, à un niveau élevé, sans être excessif pour éviter sa réduction par le juge.

135. L'obligation de ne pas notifier un consentement incomplet à un tiers. La notification à un tiers d'un consentement incomplet viole l'obligation d'exclusivité pour un consentement incomplet. Certes, la notification d'un consentement incomplet à un tiers, qui est un fait matériel, n'est pas susceptible d'être anéantie sur le fondement de l'exécution forcée de l'obligation de non-notification. En outre, la responsabilité contractuelle permet d'obliger à réparer les dommages causés par cette notification à un tiers, qui sont les préjudices de déception et d'atteinte à l'image.

Ainsi, il existe deux contrats créant des obligations de notifier un consentement incomplet qui sont esquissés par les sources existantes ; il existe aussi quatre volontés relatives à un consentement incomplet et futur, qui ne sont guère ébauchées.

Section II. Les volontés relatives à un consentement incomplet et futur

136. Les sources existantes n'esquissent pas les volontés unilatérales qui sont relatives à un consentement incomplet et futur, mais leur définition (**I**) et leur régime (**II**) peuvent être déterminés par analogie avec les volontés unilatérales relatives à un consentement complet.

I. La définition des volontés relatives à un consentement incomplet et futur

137. La volonté de manifester un consentement incomplet. Cette volonté remplit les quatre conditions d'existence d'un instrument précontractuel : elle est une manifestation de volonté, émanant d'un cocontractant potentiel, qui est antérieure à la conclusion du contrat et qui règle indirectement et partiellement les problèmes que sont le principe et la date de la conclusion d'un contrat, son contenu, sa forme, l'identité de ses parties, car elle est relative à un consentement incomplet et futur. Ainsi, elle n'est pas un acte juridique, car elle ne tend pas vers la production d'un effet juridique, mais est un fait matériel tendant vers la manifestation d'un consentement incomplet, qui reste libre et éventuelle. En pratique, cette volonté peut intervenir à différents stades des négociations évoqués par l'article 1112 du Code civil que sont leur initiative et leur déroulement. Par exemple, une personne informe une autre du fait qu'elle manifesterait un consentement incomplet à un contrat de société, déterminant l'objet de celle-ci, à l'exclusion de sa forme.

138. La volonté de ne pas manifester un consentement incomplet. Cette volonté est à la catégorie des notions relatives à des consentements incomplets ce que le refus de contracter est à celle des notions relatives à des consentements complets. Plus précisément, elle présente les quatre caractères d'un instrument précontractuel, en tant que manifestation de volonté, émanant d'un des cocontractants potentiels, qui est antérieure à la conclusion d'un contrat et qui règle, parmi les questions que sont le principe de la conclusion du contrat, son contenu, ses parties et sa forme, d'abord celle du principe de sa conclusion dans un sens négatif, car elle est relative à un consentement incomplet et futur. Ainsi, cette volonté peut intervenir à différents stades des négociations évoqués par l'article 1112 du Code civil. *Primo*, cette volonté peut être manifestée avant tout autre instrument précontractuel, afin de signifier un refus de négocier un contrat déterminé en partie, comme le transfert d'un joueur identifié refusé publiquement par une équipe de sport professionnel. *Secundo*, elle peut répondre à un consentement incomplet qui ne satisfait pas, ou à une volonté de recevoir un consentement incomplet, ou à tout autre instrument précontractuel.

139. La volonté de recevoir un consentement incomplet. Cette volonté présente les quatre caractères de l'instrument précontractuel : elle est une manifestation de volonté, d'un des cocontractants potentiels, antérieure à la conclusion du contrat et qui règle indirectement une partie des problèmes que sont le contenu du contrat, ses parties et sa forme, puisqu'elle est relative à un consentement incomplet et futur. De plus, au plan de sa nature juridique, elle n'est pas un acte juridique, mais un fait matériel, car elle ne tend pas vers la production d'un effet de droit : son auteur veut recevoir un consentement incomplet, auquel il pourra librement répondre en manifestant un consentement incomplet, ou un qui soit complet afin de former un contrat, ou toute autre volonté. Ainsi, cette volonté peut être manifestée à différents moments des négociations évoqués par l'article 1112 du Code civil. *Primo*, elle peut initier la période précontractuelle : par exemple, une personne demande à une autre de lui notifier un consentement incomplet déterminant l'objet de la société par laquelle celles-ci pourraient s'associer. *Secundo*, cette volonté peut poursuivre cette phase, après réception d'un consentement incomplet ne satisfaisant pas, ou à la suite de tout instrument précontractuel.

140. La volonté d'être informé sur un consentement incomplet. Cette volonté présente les quatre caractères des instruments précontractuels, en tant que manifestation de volonté, d'un des cocontractants potentiels, antérieure à la conclusion du contrat et qui règle indirectement et partiellement les problèmes que sont le contenu du contrat, ses parties et sa

forme, étant donné qu'elle est relative à un consentement incomplet et futur. Toutefois, elle n'est pas un acte juridique précontractuel puisqu'elle ne tend pas vers la production d'un effet juridique : elle est un simple fait matériel demandant des informations sur un effet abstrait ou un élément concret essentiel à la complétude. En fait, cette volonté peut intervenir à différents moments des négociations évoqués par l'article 1112 du Code civil. De fait, elle peut les débiter, mais elle peut aussi avoir un intérêt à la suite d'autres volontés précontractuelles. Par exemple, si des personnes négocient la conclusion d'un contrat de construction d'une maison et ont manifesté des consentements incomplets déterminant le terrain de construction, l'acquéreur potentiel peut demander des informations sur la construction que l'entrepreneur doit déterminer par la suite.

Ainsi, diverses manifestations de volonté unilatérale qui ne sont pas envisagées par les sources sont relatives à un consentement incomplet : leur régime est donc à construire.

II. Le régime des volontés relatives à un consentement incomplet et futur

141. Les fautes. Les diverses volontés relatives à des consentements incomplets et futurs sont manifestées librement en vertu de l'article 1112 qui consacre la liberté des pourparlers. Toutefois, ponctuellement ces volontés peuvent être fautives par analogie avec les volontés relatives à un consentement complet et futur.

Premièrement, les volontés de manifester un consentement incomplet, de recevoir un tel consentement ou des informations sur celui-ci, peuvent être fautives si elles sont manifestées sans volonté sérieuse ou sans possibilité sérieuse de contracter. D'un côté, cette absence de possibilité réelle de contracter peut être financière, économique, technique ou juridique. De l'autre, cette absence de caractère sérieux de la volonté peut être prouvée en raison de l'existence d'une volonté interne de ne pas conclure et de nuire au destinataire de la volonté, ou du fait que la personne ayant manifesté celle-ci a déjà conclu le contrat projeté avec un tiers et ne peut plus conclure un contrat identique avec une autre personne, mais la notification d'une de ces volontés en parallèle de négociations avec un tiers n'est pas une faute civile délictuelle. Aussi cette absence de sérieuse de la volonté peut résulter de la volonté de lui faire perdre du temps, de l'argent ou des informations, ou de la manifestation postérieure d'un consentement très différent.

Deuxièmement, la volonté de ne pas manifester de consentement incomplet peut constituer une faute civile délictuelle, notamment si elle relève de la discrimination prohibée.

142. Les préjudices. Ces préjudices réparables ne sont pas nombreux. En effet, la

conclusion du contrat projeté est purement éventuelle jusqu'à la rencontre des consentements et en plus incertaine dans son contenu puisqu'il n'est ici question que de volontés relatives à un consentement incomplet. Dès lors, l'exécution de ce contrat est aussi purement éventuelle et partiellement indéterminée dans son contenu. Par suite, le fait de ne pas obtenir les gains attendus de ce contrat n'est pas un préjudice certain : il n'est ni une perte éprouvée faute d'amoindrissement patrimonial ni un gain manqué lequel n'est réparé que s'il est de survenance normale alors qu'ici le gain est purement éventuel. En revanche, les frais de négociation qui englobent notamment les frais des études, de déplacements, de préparation du contrat par recrutement ou publicité par exemple, sont réparables s'ils sont causés par la volonté fautive. En conséquence, les frais antérieurs à la volonté fautive ne sont pas réparables et seuls sont réparables ceux qui sont postérieurs à celle-ci. Enfin, sont réparables les préjudices de déception et d'atteinte à l'image.

143. Conclusion sur les pourparlers. En définitive, les approches existantes des pourparlers conçoivent ceux-ci comme un bloc s'opposant à l'offre et à l'acceptation : elles étudient subsidiairement leur initiative et leur déroulement et substantiellement leur rupture. Ainsi, le renouvellement de l'approche des pourparlers que nous proposons a pour base théorique, d'une part, une conceptualisation des différentes volontés unilatérales émises lors des pourparlers, qui n'ont jamais été clairement distinguées, et d'autre part, une définition des deux couples de contrats de négociations. Plus précisément, les volontés unilatérales des pourparlers ne présentent pas l'une ou les deux conditions d'existence de l'offre et de l'acceptation que sont le fait d'avoir pour effet la conclusion d'un contrat et la précision ou complétude. *Primo*, celles auxquelles manque seulement la condition de production d'un effet de conclusion sont les quatre volontés de manifester un consentement complet, de ne pas manifester un tel consentement, de recevoir un tel consentement, ou de recevoir des informations sur un tel consentement. *Secundo*, celle qui n'est pas complète est le consentement incomplet. *Tertio*, celles qui ne présentent aucune de ces deux conditions sont subsidiaires : ce sont les quatre volontés de manifester, ne pas manifester, recevoir un consentement incomplet, ou de recevoir une information sur ce dernier. Parallèlement, les deux couples de contrats des pourparlers sont, d'un côté les contrats unilatéral et synallagmatique de non-anéantissement de consentement incomplet, et de l'autre les contrats unilatéral et synallagmatique de notification de consentement incomplet.

En pratique, ces notions permettent de dépasser l'approche globale des pourparlers. Dans

chaque espèce, il faut identifier chacune des volontés unilatérales des pourparlers émises : celles-ci peuvent être plus ou moins nombreuses et pour chacune, il faut déterminer si celle-ci constitue une faute délictuelle puis, si c'est le cas, identifier précisément les préjudices certains en lien de causalité avec cette dernière. Autrement dit, cela permet de dépasser l'approche actuelle des pourparlers qui raisonne globalement sur la rupture de ceux-ci et n'étudie guère la causalité avec les préjudices. Ainsi, le fait de ne pas obtenir le gain attendu du contrat projeté et la perte de chance d'obtenir la conclusion et l'exécution de ce dernier ne sont pas des préjudices certains car dans les pourparlers la conclusion du contrat est purement éventuelle. Aussi, les nombreux frais des négociations sont réparables s'ils sont causés par la volonté unilatérale des pourparlers fautive, ce qui exclut les frais antérieurs à cette dernière : plus cette volonté est proche du début des pourparlers, plus ces frais causés par elle sont nombreux et plus cette volonté est proche de la rupture des pourparlers, moins ces frais causés par elle sont nombreux. Surtout sont réparables les préjudices de déception et d'atteinte à l'image causés par la volonté unilatérale des pourparlers fautive.

Symétriquement, il faut identifier les contrats de négociations précisément afin de sanctionner leur inexécution par des mesures adaptées.

En adoptant cette nouvelle approche des pourparlers, l'équilibre entre liberté et sécurité est assuré de façon optimale, puisque les agents disposent d'instruments clairs et précis et en cas de contentieux, les mesures mises en œuvre sont équilibrées.

Dans un autre registre, le perfectionnement de l'offre et de l'acceptation passe par l'identification de leur nature et de leur contenu.

Deuxième partie. L'offre et l'acceptation de contrat

144. L'Histoire de l'offre et de l'acceptation. Le Code civil de 1804 ne définissait pas l'offre et l'acceptation. Or, ce silence s'inscrivait dans la continuité des auteurs de l'Ancien Droit, qui ne traitaient guère de celles-ci, à l'exception de Pothier¹. C'est pourquoi la jurisprudence a dû résoudre dès le XIX^e siècle, au cas par cas, les problèmes contentieux de l'offre et de l'acceptation, sans démarche théorique d'ensemble, mais en appliquant la théorie générale des obligations et en prenant en compte souvent le vocabulaire fluctuant de la pratique et des considérations d'équité afin de concilier liberté et sécurité. Face à cette jurisprudence éparse, la doctrine a essayé de synthétiser et d'analyser les décisions. Ainsi, l'offre et l'acceptation de contrat sont nées dans les ouvrages de droit des obligations du XIX^e siècle et dans les études des contrats par correspondance², puis elles ont fait l'objet de développements croissants au XX^e siècle, mais seulement de deux thèses dont celle d'Aubert³. D'une part, la jurisprudence et la doctrine définirent l'offre en l'opposant à différentes notions, distinguèrent ses formes expresse et tacite, posèrent sa condition de précision exigeant la présence des éléments essentiels et celle de fermeté excluant toute réserve, mais surtout tentèrent de régler les difficultés inhérentes à sa révocation et à sa caducité notamment pour décès de l'offrant ou expiration de délai, avec des positions très diverses. D'autre part, les juges et la doctrine définirent l'acceptation, distinguèrent ses formes expresse et tacite, consacrèrent un principe d'absence d'acceptation par le silence et multiplièrent les exceptions à celui-ci, exigèrent la présence des éléments essentiels et surtout se prononcèrent sur les questions de la date et du lieu de conclusion de façon très hétérogène. Ainsi, à la veille de la réforme de 2016, la nature juridique de l'offre et de l'acceptation restait indéterminée et leur régime restait très débattu et incertain sur certains points. C'est pourquoi l'ordonnance du 10 février 2016 a consacré dans la section relative à la conclusion du contrat, une deuxième sous-section réservée à l'offre et à l'acceptation avec les articles 1113 à 1122 du Code civil. Or, ces derniers règlent une partie des problèmes précités.

¹ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 1, 1772, n° 32.

² Voir ci-dessous n° 346 et s.

³ I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907 ; J.-L. Aubert, *Notions et*

Toutefois, la nature juridique de l'offre et de l'acceptation reste indéterminée alors qu'elle est fondamentale afin d'étudier leurs conditions d'existence. Or, nous définissons l'offre et l'acceptation comme des actes juridiques unilatéraux ayant pour effet essentiel, un effet de conclusion, toujours contenu dans celles-ci, et pour effet accessoire, une obligation de pas les anéantir, très exceptionnellement insérée par la volonté dans celles-ci. Dès lors, la définition comme le régime de l'offre (**Titre I**) et de l'acceptation (**Titre II**) peuvent être perfectionnés à partir de cette conception de leur nature juridique.

Titre I. L'offre de contrat

145. L'offre doit être définie rigoureusement avec sa nature et son contenu (**Chapitre I**), afin que son régime puisse être déterminé de façon optimale (**Chapitre II**).

Chapitre I. La notion d'offre

146. L'offre est parfois désignée par le mot *pollicitation*, présenté en doctrine comme provenant du verbe latin *polliceor, polliceri*, signifiant offrir ou promettre¹. Or, selon le Littré², *pollicitation* provient de *pollicitari*, fréquentatif de *polliceri*, signifiant promettre. De plus, la *pollicitation* était dans l'Ancien Droit une obligation de faire ou de donner créée par volonté unilatérale, constituant une libéralité entre vifs dans un intérêt public, admise par certains auteurs et rejetée par d'autres¹. Dès lors, il est préférable de ne pas utiliser ce terme pour désigner l'offre. Plus précisément, l'offre a été définie par l'ordonnance du 10 février 2016, à l'article 1114 du Code civil, comme la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation et comprenant les éléments essentiels du contrat envisagé et exprimant, sans que sa nature ne soit déterminée plus de deux siècles après le Code Napoléon. Pour nous, l'offre était avant la réforme et reste une volonté de contracter complète, un consentement complet au contrat, qui a la nature d'un acte juridique unilatéral (**Section I**) : elle a pour effet essentiel à son existence, toujours présent en elle, un effet de conclusion du contrat, mais aussi un effet

rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970.

¹ P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 67 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 465 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 21 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 8^e éd., 2016, n° 237 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 71 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 279.

² É. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, t. 3, Hachette, 1874, p. 1201.

accessoire, pouvant être inséré en elle par la volonté de l'offrant et sans lequel elle existe, qui est une obligation de ne pas l'anéantir. Par conséquent, il y a quatre conditions d'existence de l'offre en tant que manifestation de volonté de produire un effet de conclusion de contrat, complète et antérieure à toute volonté identique (**Section II**).

Section I. La nature juridique de l'offre

147. Les conceptions existantes de la nature juridique de l'offre n'emportent pas notre adhésion (**I**) ; c'est pourquoi nous proposons une autre définition de la nature de l'offre (**II**).

I. Les conceptions existantes de la nature juridique de l'offre

148. Les conceptions de la nature juridique de l'offre développées sous l'empire du Code de 1804 étaient très diverses. Les unes, monistes, affirmaient l'unicité de nature de l'offre et conservent des partisans depuis l'ordonnance du 10 février 2016 (**A**). Les autres, pluralistes, défendaient la pluralité de natures de l'offre et ne sont plus guère adoptées (**B**).

A. Les conceptions monistes de la nature de l'offre

149. Les conceptions monistes de la nature de l'offre s'opposaient en soutenant que celle-ci était soit un fait juridique (**1**), soit un acte juridique (**2**). Néanmoins, leur monisme ne s'accompagnait pas d'un monolithisme, car dans chacun des deux groupes de conceptions monistes, il existait des variantes sensibles, dont certaines ont été reprises par la doctrine après l'élaboration de l'ordonnance du 10 février 2016.

1. Les sources favorables à la nature de fait juridique de l'offre

150. La responsabilité délictuelle. Dès le XIX^e siècle, de nombreuses sources proposèrent d'encadrer la révocation de l'offre par la responsabilité civile délictuelle et l'ordonnance du 10 février 2016 a consacré cette idée².

De façon générale, avant cette ordonnance, des auteurs justifiaient la nature de fait juridique de l'offre à partir du constat de l'applicabilité de la responsabilité délictuelle à la révocation de l'offre³. Symétriquement, ce raisonnement fut repris à la suite de l'élaboration de cette

¹ Voir ci-dessous n° 184.

² Voir ci-dessous n° 232 et s.

³ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 73 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 113 ; M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th. Aix, 1989, n° 127 ; C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th. Paris 2, 2005, Defrénois, 2006, n° 711 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 851.

ordonnance, qui a consacré à l'article 1116 du Code civil l'application de la responsabilité extracontractuelle à la révocation, avant l'expiration d'un délai fixé ou raisonnable, de l'offre reçue¹. Cependant, cette applicabilité de la responsabilité extracontractuelle à la révocation de l'offre ne fait pas de l'offre un fait juridique, car la faute délictuelle commise lors de cette révocation est postérieure à la création de l'offre et ne permet pas de déterminer la nature de cette dernière. En réalité, ces auteurs adoptaient une vision binaire : selon les deux grandes théories monistes antérieures à l'ordonnance de 2016, l'offre était soit un fait juridique sans obligation de maintien ou de non-révocation, soit un acte unilatéral obligatoire avec obligation de maintien ou de non-révocation. Ainsi, lorsque s'appliquait la responsabilité délictuelle afin de réparer le dommage causé par la révocation de l'offre, les auteurs considéraient que l'offre n'était pas un acte unilatéral obligatoire contenant une obligation de maintien ou de non-révocation et donc qu'elle était nécessairement un fait. Pourtant, entre ces deux grandes théories, il existe l'acte unilatéral non obligatoire, qui est une manifestation de volonté de produire un ou plusieurs effets juridiques. Dès lors, notre thèse est que l'offre était sous l'empire du Code de 1804 et demeure depuis 2016 une manifestation de volonté de produire un effet de conclusion du contrat, donc un acte juridique unilatéral.

En particulier, dans sa thèse relative à l'acte unilatéral, soutenue en 1949, Martin de la Moutte évoqua l'instabilité et le défaut total d'effets de l'offre par sa seule intervention, afin de justifier la nature de fait juridique de celle-ci, ayant la valeur d'une information, qui avait pour but, non de modifier une situation de droit, mais de faire connaître à un tiers qu'une telle modification était possible par la conclusion du contrat². Cependant, l'instabilité de l'offre évoquée par Martin de la Moutte ne justifiait pas avant l'ordonnance de 2016 et ne justifie pas la nature de fait juridique de l'offre, étant donné qu'un acte juridique unilatéral et non obligatoire est aussi par nature instable, à l'instar du testament, librement révocable à tout moment par son auteur. Surtout, l'offre n'est pas une simple information d'un tiers de la possible conclusion du contrat, dépourvue d'effet juridique, car notre thèse est que l'offre était avant 2016 et reste un acte unilatéral avec pour effet essentiel, un effet de conclusion du contrat, produit par celle-ci, lorsque l'acceptation produit son effet de conclusion.

151. L'avant-contrat. En 1868, Demolombe reconnut le principe de liberté de

¹ JCP G 2015, supplément au n° 21, *La formation du contrat - Articles 1111 à 1129*, N. Molfessis, p. 10 ; RDC 2015, p. 743 et s., S. Pimont, n° 1 ; P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, n° 21 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Contrat : formation*, janv. 2019, n° 48 ; D. Houtcief, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 153.

² J. Martin de La Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, th. Toulouse, 1949, LGDJ, 1951, n° 321.

révocation de l'offre, mais posa une limite lorsqu'une personne faisait une offre accordant un délai pour son acceptation, étant donné que ce délai constituait pour lui une autre offre d'un contrat créateur d'une obligation de ne pas retirer la précédente, que son destinataire était présumé avoir acceptée, en tant qu'offre entièrement à son avantage, si bien que s'était formé un contrat avec obligation de ne pas retirer l'offre principale pendant ce délai¹. Ainsi, cette construction était hostile à la possibilité reconnue en Allemagne de créer une obligation de maintien ou de non-révocation de l'offre par un acte unilatéral obligatoire². Or, cette idée de Demolombe reconnut implicitement la nature de fait juridique de l'offre. En effet, en l'absence d'un délai constituant une offre accessoire tendant vers la conclusion d'un avant-contrat, la libre révocation était liée vraisemblablement à la nature de fait juridique de l'offre. Inversement, en présence d'un délai constituant une telle offre accessoire, la première offre avait la même nature juridique que la seconde, à savoir celle d'un fait juridique, puisqu'il fallait recourir à la technique du contrat pour créer une obligation de maintien ou de non-révocation. C'est pourquoi la thèse de Demolombe fut présentée comme reconnaissant la nature de fait de l'offre³. Toutefois, la prétendue nécessité de recourir au seul contrat pour créer une obligation de maintien ou de non-révocation ne permettait pas de juger de la nature de l'offre. De fait, notre thèse est que l'offre était et demeure une manifestation de volonté de produire un effet de conclusion d'un contrat. Par conséquent, si une personne manifeste une volonté complète de produire un effet de conclusion, en indiquant un délai, ce dernier est le terme extinctif de cet effet de conclusion et donc de l'offre. En effet, ce délai est le délai fixé par l'offrant avant l'expiration duquel la révocation de l'offre constitue une faute extracontractuelle en vertu de l'article 1116 du Code civil et à l'expiration duquel l'offre est caduque selon l'article 1117 de ce code⁴. En revanche, un tel délai ne constitue pas la manifestation de volonté de conclure un avant-contrat différent du contrat offert.

152. L'article 932. Dans sa thèse relative à l'offre et à l'acceptation de 1907, Papazol affirma que toutes deux, dans leur conception classique, étaient des véritables faits juridiques, ce que prouvait l'article 932 du Code civil selon lui⁵. Or cet article dispose que la donation entre vifs n'engagera le donateur et ne produira aucun effet, que du jour où elle aura été

¹ C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, vol. 24, 1^{re} éd., 1868, n° 64 et s. ; C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, vol. 24, 2^e éd., 1870, n° 63 et s. ; voir ci-dessous l'étude approfondie de cette théorie n° 370.

² Voir ci-dessous le détail de ces sources n° 154, 155, 166 et s.

³ I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 114 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 107.

⁴ Voir ci-dessous l'étude de ces articles n° 162, 169, 172, 183, 212, 220, 221, 226, 227, 229, 248, 260, 261 et 262.

⁵ I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 15.

acceptée en termes exprès. Dès lors, Papazol l'avait peut-être interprété en ce sens qu'avant l'acceptation, l'offre ne produisait aucun effet juridique et était donc un fait. Néanmoins, si l'effet de la donation naît au moment de la conclusion du contrat résultant de la rencontre de l'offre et de l'acceptation, cela ne prive pas l'offre de tout effet juridique et n'entraîne pas la nature de fait juridique de l'offre. En réalité, il faut bien distinguer l'effet de conclusion de l'offre et l'effet ou les effets du contrat offert.

Ainsi, certains auteurs affirmaient avant la réforme 2016 et affirment après 2016 que l'offre est un fait juridique. Inversement, d'autres auteurs soutenaient avant 2016 et soutiennent aujourd'hui que l'offre est un acte juridique.

2. Les sources favorables à la nature d'acte juridique de l'offre

153. Les conceptions monistes affirmant la nature d'acte juridique de l'offre ont été élaborées au XIX^e siècle et conservent des partisans depuis la réforme de 2016, avec deux versions soutenant que l'offre est un acte juridique obligatoire ou non obligatoire. En effet, la possibilité pour un acte juridique unilatéral de créer une obligation, absente du Code de 1804, est unanimement présentée comme une idée de la doctrine austro-allemande conçue après 1850, mais en réalité elle était débattue dans notre Ancien Droit avec la pollicitation¹. Or, les écrits germaniques séduisirent rapidement des auteurs français, dont certains affirmèrent la nature d'acte unilatéral obligatoire de l'offre, de manière révolutionnaire ou réformiste.

154. L'idée d'un acte unilatéral obligatoire révolutionnaire. De rares auteurs proposèrent une révolution de la conception du contrat comme coexistence de deux actes unilatéraux obligatoires, d'offre et d'acceptation : Worms fut l'initiateur de cette révolution², reprise récemment par M. Cyril Grimaldi dans sa thèse.

Primo, selon Worms l'offre créait l'obligation de son maintien lorsqu'un délai avait été fixé dans celle-ci, ou même en l'absence de précision d'un tel délai, durant un délai nécessaire à son examen³. Néanmoins, il était et reste impossible de déduire une obligation de maintenir l'offre à partir d'un délai inscrit dans cette dernière, car manifester une volonté de contracter en y insérant un délai, sans autre mention, revient à attacher un délai à l'effet de conclusion de l'offre, durant lequel celui-ci peut être produit. Parallèlement, imposer une obligation de maintien de l'offre en l'absence d'un tel délai est contraire à la liberté individuelle et dénature

¹ Voir ci-dessous l'étude détaillée de ces sources n° 166.

² R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, th. Paris, 1891, p. 171 et s.

³ R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, th. Paris, 1891, p. 172 ; R. Guihaire, *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté*, th. Rennes, 1900, p. 73.

la volonté de l'offrant. Par ailleurs, M. Cyril Grimaldi soutint que le maintien dans le temps de l'offre n'était pas l'objet d'une obligation, mais une caractéristique de l'engagement unilatéral de volonté¹. Cependant, il faut une obligation de non-anéantissement de l'offre créée expressément par la volonté afin de rendre inefficace la volonté de révoquer l'offre.

Secundo, pour ces auteurs, l'offre créait l'obligation d'exécuter le contrat projeté, sous la condition de survenance d'une acceptation². Toutefois, ces idées sont en contradiction avec la conception classique du contrat considérant que c'est ce dernier qui fait naître les obligations voulues par les parties, à compter de sa conclusion.

Tertio, ces auteurs proposèrent une nouvelle conception du contrat, résultant non de la rencontre mais de la coexistence d'une offre et d'une acceptation constituant deux engagements unilatéraux de volonté³, ce qui fut critiqué⁴. Néanmoins, cette idée ne peut satisfaire, car à nos yeux le contrat est formé par la rencontre des consentements complets, lorsque ceux-ci produisent leur effet de conclusion. Dès lors, si ces consentements complets sont contenus dans une offre et une acceptation, ces dernières disparaissent lors de la production de leur effet de conclusion par caducité⁵.

Quarto, M. Cyril Grimaldi ajouta que l'offre avait un effet attributif à son destinataire du droit de former le contrat en acceptant l'offre⁶. Toutefois, notre thèse est que l'offre était avant 2016 et reste une volonté de produire un effet de conclusion du contrat, à laquelle une personne peut répondre en manifestant un consentement identique, en vertu, non d'un quelconque droit personnel ou potestatif, mais de la liberté contractuelle.

155. L'idée d'un acte unilatéral obligatoire réformiste. Des auteurs ont vu dans l'offre un acte unilatéral obligatoire avant 2016 ou après, sans révolution du contrat.

Avant l'ordonnance du 10 février 2016, plusieurs auteurs soutenaient que l'offre était un acte unilatéral créateur d'une obligation de la maintenir ou de ne pas la révoquer, de manière

¹ C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th. Paris 2, 2005, Defrénois, 2006, n° 728, p. 324.

² R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, th. Paris, 1891, p. 178, 179 et 180 ; R. Guihaire, *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté*, th. Rennes, 1900, p. 73 ; C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th. Paris 2, 2005, Defrénois, 2006, n° 728, p. 323.

³ R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, th. Paris, 1891, p. 93 et 184 et s. ; G. Tarde, *Les transformations du droit : étude sociologique*, 1893, p. 122 ; C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th. Paris 2, 2005, Defrénois, 2006, n° 729.

⁴ V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 128 ; P. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, th. Lyon, 1911, p. 250 et s. ; J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, p. 156 ; J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, th. Toulouse, 1949, LGDJ, 1951, n° 29 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 122.

⁵ Voir ci-dessous n° 211.

⁶ C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th. Paris 2, 2005, Defrénois, 2006, n° 728, p. 324.

générale¹, ou pendant un délai exprès, tacite ou présumé². Toutefois, ces propositions n'emportent pas notre conviction, laquelle est que l'offre était avant 2016 une manifestation de volonté de produire un effet de conclusion. Dès lors, une obligation de ne pas anéantir l'offre ne pouvait être insérée dans ce dernière qu'en présence d'une volonté de l'offrant de produire à la fois cet effet de conclusion et une obligation de ne pas l'anéantir. En revanche, il était impossible de présumer ou de constater l'existence d'une telle obligation à partir du délai inséré dans l'offre. De fait, le délai inséré dans l'offre, sans autre précision, était un terme extinctif de l'effet de conclusion et indiquait le délai durant lequel cet effet pouvait se produire. De plus, cette obligation ne pouvait être établie, à plus forte raison, à partir d'un délai tacite d'extinction de l'offre. Par ailleurs, un auteur soutint que l'offre était un acte unilatéral créateur d'une obligation de conclure le contrat, se transformant en obligation de réaliser une prestation lors de l'acceptation³ ; pourtant cela ne peut convaincre, parce qu'en manifestant une volonté de contracter, une personne manifeste une volonté non de créer une obligation de conclure un contrat, mais de produire un effet de conclusion.

Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, divers auteurs soutiennent que l'offre est un engagement en raison de l'irrévocabilité de l'offre⁴, ou un engagement unilatéral de volonté créateur d'une obligation de ne pas faire⁵, légalement organisé⁶, personnel à l'offrant⁷, ou mineur⁸. Néanmoins, ces idées ne peuvent emporter notre suffrage au vu du régime de l'offre. *Primo*, la volonté de révoquer l'offre reçue est efficace mais constitue, selon l'article 1116 du Code civil, une faute extracontractuelle pendant un délai fixé ou raisonnable. *Secundo*, en vertu de l'article 1117 du Code civil, en cas de décès de l'offrant, l'offre n'est pas transmise à cause de mort, mais est caduque. Or, si l'offre constituait toujours un acte unilatéral obligatoire, créant une obligation de ne pas l'anéantir, la volonté de révoquer l'offre serait inefficace et en cas de décès de l'offrant, l'offre serait transmise à cause de mort, ce qui n'est pas le cas ici. Par suite, l'offre n'est pas toujours un acte unilatéral obligatoire.

¹ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 553 ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 261 et s.

² V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 125 et s. ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 15 et 116 et s. ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 28 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 37 et s. ; R. Savatier, *Cours de droit civil*, 1947, n° 99 ; RDC 2009, p. 1325, obs. Y.-M. Laithier.

³ J. Mateesco, *L'obligation unilatérale et le Code civil*, th. Paris, 1919, p. 177 et 182.

⁴ C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 72.

⁵ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 284.

⁶ A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 22.

⁷ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 201.

⁸ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 220 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 63.

156. L'idée conservatrice d'un acte unilatéral non-obligatoire. Plusieurs auteurs ont affirmé diversement la nature d'acte unilatéral non obligatoire de l'offre.

Premièrement, cette nature a été justifiée par les effets identifiés ou non de l'offre.

D'une part, des auteurs ont justifié cette nature par le fait que l'offre est une manifestation de volonté créatrice d'effets juridiques, mais sans identifier ces effets¹, ce qui ne peut convaincre. D'autre part, plusieurs auteurs ont justifié cette nature par l'identification d'un effet juridique caractéristique de l'offre selon eux. Avant la réforme de 2016, cet effet juridique était selon des auteurs de conférer au destinataire de l'offre la possibilité de former le contrat par son acceptation², le pouvoir de faire naître le contrat³, une option d'acceptation⁴, ou le droit de retrait de l'offre⁵. Depuis la réforme du 10 février 2016, des auteurs soutiennent que cet effet est de conférer au destinataire de l'offre, soit le droit de conclure le contrat, qui serait un droit potestatif formateur⁶, ou d'acceptation⁷, ou d'option⁸, soit un pouvoir d'acceptation⁹, de former le contrat¹⁰. Néanmoins, ces idées n'emportent pas notre vote, car la possibilité de former le contrat pour le destinataire de l'offre résulte de la liberté contractuelle, qui lui permet de manifester son consentement complet, constituant une acceptation. En revanche, la possibilité de former le contrat n'est pas un effet produit par l'offre, dont l'effet essentiel est un effet de conclusion du contrat, qui se produit lorsque le même effet de l'acceptation se produit. En particulier, l'offre ne confère aucun droit potestatif de formation du contrat, car cette formation résulte de l'exercice de la liberté contractuelle par l'acceptant. De plus, l'offre ne confère aucun pouvoir au sens juridique.

Deuxièmement, plusieurs auteurs justifiaient la nature d'acte unilatéral non obligatoire de l'offre par le fait que cette dernière est parfois soumise à des conditions de forme réservées aux actes juridiques, à titre de solennité ou de preuve¹¹. Certes, l'offre doit souvent être réalisée par acte authentique ou acte sous signature privée, mais ces derniers peuvent contenir

¹ A. Vialard, *L'offre publique de contrat*, RTD civ. 1971, p. 750 et s., n° 20 bis ; P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2006, art. 1105-1 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 287 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 415 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 51.

² J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46, n° 15 ; J. Schmidt-Szalewski, D. 1977, jurispr. p. 593 et s.

³ G. Wicker, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. Perpignan, 1994, LGDJ, 1997, n° 121 ; C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004, n° 12.

⁴ JCP G 2014, 960, note J. Antippas.

⁵ G. Wicker, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. Perpignan, 1994, LGDJ, 1997, n° 116.

⁶ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 201.

⁷ J. Antippas, D. 2016, p. 1760, n° 1.

⁸ C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 75.

⁹ LPA, 7 mars 2016, p. 8 et s., obs. M. Mignot, art. 1114.

¹⁰ C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 75.

¹¹ I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 15 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 553 ter.

un acte juridique ou constater un fait, donc le fait de devoir créer une offre par ces écrits ne permet pas de se prononcer sur la nature juridique de cette dernière.

Troisièmement, avant la réforme de 2016, il fut proposé de voir dans l'offre un acte juridique, en tant qu'élément du contrat futur¹. Toutefois, selon nous l'offre a pour effet juridique, un effet de conclusion du contrat, dont la production forme le contrat et éteint l'offre, laquelle n'est donc pas un élément du contrat qui apparaît lorsque celle-ci disparaît.

Au total, les conceptions monistes de la nature juridique de l'offre ne suscitent pas notre adhésion ; il en va de même des conceptions pluralistes de cette nature.

B. Les conceptions pluralistes de la nature de l'offre

157. La thèse de la nature alternative de l'offre. En 1968, la thèse d'Aubert considérait que l'offre était par principe un fait juridique et par exception un acte unilatéral obligatoire si celle-ci était faite à personne déterminée et avec délai².

En principe, selon Aubert, lorsqu'une offre n'était pas faite à personne déterminée et avec délai, elle était un fait juridique pour trois raisons.

Premièrement, la majorité de la doctrine posait la nature de fait juridique de l'offre en principe. Or cette idée semblait être la meilleure pour Aubert, car elle expliquait les effets produits en cas de révocation fautive de l'offre sur le fondement de la responsabilité délictuelle³. De fait, cette affirmation est aussi celle des approches monistes, déduisant la nature de fait juridique de l'offre, de l'applicabilité de la responsabilité délictuelle pour encadrer la révocation fautive créant un préjudice. Cependant, cette application de la responsabilité délictuelle ne faisait pas de l'offre un fait juridique pour autant, car l'obligation de réparation était créée par les règles légales de la responsabilité délictuelle, au moment où le préjudice était causé par la révocation fautive : elle n'était pas un effet juridique attaché par la loi à la création de l'offre. En revanche, cette applicabilité de la responsabilité délictuelle à la révocation fautive de l'offre n'exclut pas que celle-ci soit un acte unilatéral non obligatoire.

Deuxièmement, Aubert justifia sa position en affirmant que cette nature de fait juridique résultait du rejet de la qualification d'engagement unilatéral en l'absence de délai de maintien⁴. Or, ce raisonnement de la doctrine relevait d'une vision binaire de la nature de l'offre constituant soit un fait juridique, soit un acte unilatéral obligatoire, alors que celle-ci

¹ Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, th. Toulouse, 1961, LGDJ, 1963, p. 44.

² J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 213.

³ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 197.

⁴ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 203.

pouvait et peut être un acte unilatéral non obligatoire.

Troisièmement, Aubert ajouta qu'étant donné qu'une caractéristique du fait juridique était de laisser indéterminée la portée exacte de ses effets, l'offre qui n'était pas faite à personne déterminée et avec délai ne se distinguait pas des autres faits juridiques car ses effets étaient indéterminés, même quant à son objet direct, c'est-à-dire la formation d'un contrat précis¹. Inversement, nous pensons que l'offre a pour effet juridique, un effet de conclusion du contrat, à la portée exactement déterminée, en tant que consentement complet, avec les effets abstraits, éléments concrets et forme essentiels à sa complétude.

Exceptionnellement, selon Aubert, une offre faite à personne déterminée et avec délai correspondait à la définition de l'acte juridique unilatéral posée par Martin de la Moutte, à savoir une volonté de réaliser des effets juridiques, indispensable à leur production, car celle-ci était une manifestation de volonté créatrice d'une obligation de la maintenir pendant un temps fixé par l'offrant². Plus précisément, selon lui, la stipulation d'un délai dans l'offre faite à personne déterminée était une condition d'existence et de forme de l'acte unilatéral obligatoire³. Toutefois, notre thèse est qu'une offre était avant la réforme de 2016 et reste une volonté complète de produire un effet de conclusion du contrat. En conséquence, lorsqu'une personne manifeste une volonté complète de produire un effet de conclusion, avec un délai mais sans autre précision, ce délai est attaché à cet effet de conclusion du contrat, en tant que terme extinctif durant lequel cet effet peut être produit et au terme duquel il s'éteint tout comme l'offre. Aussi, est-il impossible d'interpréter ce délai comme une volonté de créer une obligation de maintien de l'offre. Par conséquent, s'il est admis qu'un acte juridique unilatéral peut créer une obligation, une telle obligation de non-anéantissement du consentement ne pouvait et ne peut être créée que par une volonté tendant à la création à la fois de l'effet de conclusion et de cette obligation.

158. La thèse de la nature évolutive de l'offre. Mme Mathieu-Izorche soutint dans sa thèse que l'offre n'était pas toujours complètement rattachable à l'une des deux catégories du fait juridique et de l'acte juridique⁴.

D'une part, elle affirma que la personne qui émettait une offre prenait plusieurs décisions successives : la décision de formuler le projet en termes vagues, ensuite celle d'y apporter des

¹ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 204.

² J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 167.

³ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 189.

⁴ M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th. Aix, 1989, n° 127.

précisions, puis la décision de ne pas le retirer, avant les décisions éventuelles d'engager des négociations, de modifier le contenu du projet¹. Or, nous n'adhérons pas à ces idées, parce que ces décisions sont des manifestations de diverses volontés précontractuelles classiquement évoquées en bloc au titre des pourparlers et qui doivent être distinguées les unes des autres, comme par exemple la volonté de manifestation un consentement complet, la volonté de recevoir un consentement complet, ou le consentement incomplet².

D'autre part, elle écrivit qu'il était inexact de dire que les manifestations de volontés du sujet étaient indépendantes les unes des autres, car selon elle toutes les décisions successives contribuaient à rendre l'offre suffisamment crédible, si bien que cette dernière était impossible à détruire en devenant un engagement unilatéral³. Puis elle précisa que la proposition d'entrer en pourparlers était certainement un fait juridique, alors que la sollicitation au sens d'Aubert était certainement un acte juridique, si bien qu'entre les deux se trouvait la simple offre qui était souvent difficile à qualifier⁴. Ainsi, elle conclut en affirmant qu'elle envisageait non plus une conception dualiste de l'offre, mais une conception dans laquelle la dualité faisait place à la continuité, car la conscience que le sujet pouvait avoir de la situation objective apparaissait très progressivement⁵. Or nous n'adhérons pas à cette idée, car l'offre était et reste un consentement complet, qui existe en tant que tel, indépendamment des faits et actes antérieurs : une offre peut exister et comporter ou non une obligation de ne pas l'anéantir, sans avoir ou en ayant été précédée d'une série de manifestations de volontés. En effet, dans notre conception de la période précontractuelle, celle-ci peut comporter selon les cas, une seule manifestation de volonté, ou une série plus ou moins longue des manifestations de volontés précontractuelles. Par conséquent, l'approche globale de l'offre comme une réalité continue et évolutive n'emporte pas notre suffrage : il faut saisir les manifestations de volontés intervenant dans la période précontractuelle, indépendamment les unes des autres sans adopter une approche globale.

En définitive, nous n'adhérons pas aux conceptions existantes de la nature juridique de l'offre ; c'est pourquoi nous proposons une définition innovante de cette nature.

II. La conception proposée de la nature juridique de l'offre

¹ M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th. Aix, 1989, n° 142.

² Voir ci-dessus l'étude détaillée des pourparlers dans la première partie.

³ M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th. Aix, 1989, n° 144.

⁴ M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th. Aix, 1989, n° 144.

⁵ M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th. Aix, 1989, n° 145.

159. Notre thèse est que l'offre était avant l'ordonnance du 10 février 2016 et reste un acte juridique unilatéral, avec pour effet essentiel à son existence un effet de conclusion du contrat (A) et pour effet accessoire une obligation de non-anéantissement (B).

A. L'effet de conclusion essentiel à l'offre

160. La nature d'acte juridique unilatéral de l'offre peut être justifiée par un raisonnement déductif en partant des définitions de l'acte et du fait juridiques, pour les appliquer à l'offre (1), ce qui permet par induction d'interroger ces définitions (2).

1. La déduction de la nature de l'offre avec les définitions de l'acte et du fait juridiques

161. L'acte juridique. Le Code civil de 1804 ne comportait pas de définition de l'acte juridique, donc c'est la doctrine qui a construit une définition de ce dernier comme manifestation de volonté de produire un ou plusieurs effets juridiques.

La première condition d'existence d'un acte juridique, selon les définitions antérieures à la réforme de 2016¹, ou postérieures², dont celle de l'article 1100-1 du Code civil, est la manifestation de volonté, laquelle est présente avec l'offre³.

La deuxième condition d'existence d'un acte juridique est que la volonté manifestée tende vers la production d'un effet juridique selon certaines sources⁴, ou de plusieurs selon d'autres⁵, dont l'article 1100-1. Or, il faut préciser, comme Planiol, que l'acte juridique est

¹ H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., 1929, n° 230 ; J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, p. 17 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 38 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 9 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 50 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 45 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 489 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 26 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, p. 23 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, p. 217.

² B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 102 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 2 et s. ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 28 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 111.14 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 7 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 36 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, p. 70 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, p. 229 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 19 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 16 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 20 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 52.

³ Voir ci-dessous n° 176.

⁴ H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., 1929, n° 230 ; J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, p. 17 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, p. 217 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 102 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, p. 229.

⁵ L. Josserand, *Cours de droit civil positif*, t. 2, 1939, n° 13 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 21 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 38 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 9 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 50 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 45 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 489 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 26 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, p. 23 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 102 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 28 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 111.14 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 7 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, p. 70 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 19 ;

une manifestation de volonté de produire un ou plusieurs effets juridiques¹. En particulier, certaines définitions de l'acte juridique évoquent le fait que celui-ci permet la création d'une situation juridique². Plus précisément, nous définissons le contenu de chaque contrat spécial, avec deux notions : l'effet essentiel, qui est un effet sans lequel ce contrat ne peut exister, et l'effet accessoire de ce contrat spécial, qui est un effet qui peut être contenu ou non dans ce contrat, lequel existe sans³. En conséquence, par analogie avec la définition du contenu d'un contrat spécial, il faut définir le contenu d'un acte unilatéral par les notions d'effet essentiel et d'effet accessoire. Dès lors, afin de déterminer si un fait matériel constitue un acte juridique unilatéral, il faut déterminer s'il tend à la production d'un ou de plusieurs effets, puis identifier cet effet ou ces effets. Par exemple, l'effet essentiel de la reconnaissance d'enfant est l'établissement du lien de filiation entre l'auteur et l'enfant. Ainsi, avant l'ordonnance de 2016, comme après celle-ci, l'offre en tant que manifestation de volonté de contracter était et reste un acte juridique unilatéral avec pour effet essentiel, un effet de conclusion.

162. Le fait juridique. Celui-ci est classiquement défini comme un fait auquel la loi attache un ou plusieurs effets de droit, qui ne sont pas voulus par les auteurs de ce fait⁴. Par suite, l'offre n'était pas et n'est pas de façon systématique un fait juridique, car le droit n'y attache aucun effet systématiquement : c'est la volonté manifestée qui tend à produire par elle-même l'effet de conclusion du contrat. De fait, l'article 1116 du Code civil permet d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'offrant pour révocation fautive de l'offre reçue, donc il attache la création d'une obligation de réparer le préjudice causé au destinataire, à la révocation fautive de l'offre, si bien que la loi n'attache pas d'effet juridique à la création de l'offre, qui n'est dès lors pas systématiquement un fait juridique.

D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 16 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 36 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 52.

¹ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, LGDJ, 8^e éd., 1920, n° 265.

² J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, p. 24 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 71.

³ Voir ci-dessus n° 31.

⁴ H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., 1929, n° 228 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 21 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 38 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 5 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 60 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 26 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, p. 23 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 2 et s. ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 30 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 7 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, p. 72 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 8 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 20 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 18 et s. ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 39 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 20 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 52.

Au total, les définitions de l'acte et du fait juridiques permettent de déduire la nature d'acte juridique unilatéral de l'offre ; inversement, une fois cette nature posée, il est possible de proposer par induction un affermissement de ces définitions.

2. L'induction de la nature de l'offre vers les définitions de l'acte et du fait juridiques

163. L'acte juridique. Deux conditions de l'acte ne sont pas développées.

D'une part, la complétude de la volonté de produire un ou plusieurs effets juridiques n'est pas développée en doctrine. En effet, la volonté de contracter, c'est-à-dire de produire un effet de conclusion du contrat, ne peut être qualifiée d'offre que si elle est précise ou complète¹. Par analogie, une volonté de produire un ou plusieurs effets juridiques ne peut être admise au rang d'acte juridique que si elle détermine ce qui est essentiel à sa complétude. Par exemple, la manifestation de volonté de reconnaître un enfant ne peut être qualifiée de reconnaissance et produire cet effet que si elle est complète, en ce sens qu'elle détermine tous les éléments essentiels à l'établissement du lien de filiation, c'est-à-dire l'identité du parent et de l'enfant. D'autre part, une manifestation de volonté peut être indispensable à la production d'un effet de droit, sans que cet effet ne soit nécessairement produit par elle-même, car cet effet peut être produit par une loi ou un acte administratif ou juridictionnel, tout en étant conditionné par une manifestation de volonté en ce sens : alors, elle n'est pas un acte juridique produisant cet effet. Par exemple, c'est le cas de l'action judiciaire en établissement du lien de filiation, car à son terme, le lien de filiation est établi par décision judiciaire, à la suite d'une action dépendant de la volonté d'une personne. Certes, des auteurs ont souligné qu'un acte juridique existe seulement si son effet ou ses effets ne se produisent pas sans cette volonté². Cependant, il faudrait préciser, au titre des conditions d'existence de l'acte juridique, que ce dernier est une manifestation de volonté de produire un ou plusieurs effets juridiques par elle-même.

164. Le fait juridique. Il faut interroger la pertinence de l'opposition de l'acte juridique au fait juridique comme des sources d'effets de droit exclusives l'une de l'autre. *Primo*, à nos yeux l'alternative, du point de vue de la théorie de l'acte juridique, oppose non l'acte juridique au fait juridique, mais le fait matériel saisi par le droit comme un acte juridique et le fait matériel ne pouvant être saisi comme un acte juridique, qui n'est pas pour autant un fait juridique, si la loi n'attache pas un effet à ce fait matériel.

Secundo, un même fait matériel peut être saisi à la fois comme acte juridique et comme fait

¹ Voir ci-dessous l'étude de cette condition d'existence de l'offre n° 185.

² M. Durma, *La notification de la volonté*, th. Paris, 1930, n° 9 ; J. Martin de la Motte, *L'acte juridique unilatéral*, th. Toulouse, 1949,

juridique. Un premier exemple est celui d'une personne exhérédant son seul héritier présomptif par un testament rédigé publiquement dans lequel celle-ci insulte celui-ci. En effet, ce fait matériel va être saisi à la fois comme testament, acte juridique unilatéral, infraction pénale d'injure et faute civile extracontractuelle. Un deuxième exemple est celui d'une personne majeure manifestant auprès d'une personne mineure un consentement complet tendant à la conclusion d'un contrat de prostitution avec elle. Ce fait matériel va pouvoir être qualifié simultanément d'offre de contrat de prostitution, d'infraction pénale prévue par l'article 225-12-1 du Code pénal et de faute civile extracontractuelle. Par conséquent, l'offre a toujours la nature d'un acte juridique unilatéral, mais elle peut aussi constituer ponctuellement un fait juridique, sans jamais perdre cette nature d'acte juridique.

Ainsi, les définitions classiques de l'acte et du fait juridiques permettent de soutenir que l'offre était avant la réforme du 10 février 2016 et demeure un acte juridique unilatéral avec pour effet essentiel à son existence, un effet de conclusion du contrat. Parallèlement, l'obligation de ne pas anéantir l'offre est un effet accessoire de cette dernière.

B. L'obligation de non-anéantissement accessoire à l'offre

165. La possibilité de créer une obligation par volonté unilatérale était débattue avant l'ordonnance du 10 février 2016 qui l'a consacrée (1) et en particulier la possibilité pour l'offre de contenir une obligation de ne pas l'anéantir était et reste débattue (2).

1. L'explication de la possibilité de créer une obligation pour un acte unilatéral

166. Avant la réforme du 10 février 2016, la possibilité de créer une obligation par volonté unilatérale restait débattue. Même si cela n'est pas connu elle était débattue avec la pollicitation dans l'Ancien Droit, laquelle était une libéralité entre vifs par volonté unilatérale créant une obligation dans un intérêt public¹, mais ne fut pas envisagée par les rédacteurs du Code civil de 1804, puis le fut par la doctrine austro-allemande dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, avec Kuntze en 1857, puis Siegel en 1873². Par la suite, sous l'influence de ces idées germaniques et sans connaître la pollicitation de l'Ancien Droit, une partie de la doctrine française se prononça en faveur de la possibilité pour un acte unilatéral de créer une

LGDJ, 1951, n° 17.

¹ C.-J. Ferrière, *Nouvelle introduction à la pratique*, 1739, t. 2, p. 357 ; F. Gayot de Pitaval, *Causes célèbres et intéressantes avec les jugements*, 1746, t. 4, p. 262 ; G. du Rousseaud de la Combe, *Recueil de jurisprudence civile du pays de droit écrit et coutumier*, 1769, p. 498 ; N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 17, 1785, p. 580 ; R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, Langlet, 1835, n° 4.

² J.-E. Kuntze, *Die Lehre von den Inhaberpapieren oder Obligationen au Porteur*, 1857 ; H. Siegel, *Das Versprechen als*

obligation, en prenant des positions hétérogènes. Les premières voulaient importer cette possibilité avec la conception austro-allemande de l'obligation comme lien avec une personne et soi-même¹. Les deuxièmes proposaient de faire de l'acte unilatéral la seule source volontaire d'obligations, par adoption d'une conception nouvelle du contrat, comme résultant de la coexistence de plusieurs actes unilatéraux créateurs d'obligations². Les troisièmes souhaitaient en faire une source subsidiaire de création d'obligations en droit français³. Les quatrièmes visaient à en faire une source normale de création d'obligations en droit français⁴. À l'inverse, une autre partie de la doctrine refusait à la volonté unilatérale la possibilité de créer une obligation⁵. Finalement, cette possibilité était effective avant 2016, car les arguments présentés comme défavorables à elle n'y faisaient pas obstacle, alors que divers arguments y étaient favorables.

167. Les arguments totalement défavorables. Certains arguments étaient en apparence absolument défavorables à l'acte unilatéral obligatoire.

Primo, il n'existait pas de reconnaissance textuelle explicite de cette possibilité avant l'ordonnance du 10 février 2016. En particulier, l'acte unilatéral ne figurait pas à l'article 1370 du Code Napoléon, qui énumérait des sources d'obligations⁶. Cependant, comme cela fut affirmé, le silence du législateur n'équivalait pas à un refus implicite de l'acte unilatéral

Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, 1873.

¹ R. Guihaire, *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté*, th. Rennes, 1900, p. 5 ; A. Talandier, *De l'engagement par volonté unilatérale*, th. Toulouse, 1911, p. 49.

² Voir ci-dessus n° 154.

³ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, 2^e éd., 1919, p. 166 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 1, 1923, n° 18 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 170 et s. ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 31 et s. ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif*, t. 2, 1939, n° 397 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 357 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 54 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 729 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 853 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 57 et s. ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 104 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 502 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 615 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 8 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 438.

⁴ J. Mateesco, *L'obligation unilatérale et le Code civil*, th. Paris, 1919, n° 76 ; M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th. Aix, 1989, n° 875 et s. ; S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français*, th. Toulouse, 1991, LGDJ, 1997, p. 98 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 101 ; C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th. Paris 2, 2005, Defrénois, 2006, n° 1128.

⁵ E. Thaller, *Nature juridique du titre de crédit*, *Annales de droit commercial*, 1906, p. 5 et s., n° 44 ; R. Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, th. Paris, 1909, p. 68 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 81 ; J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, p. 168 ; J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, th. Toulouse, 1949, LGDJ, 1951, n° 284 et s. ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 4^e éd., 1952, n° 334 ; A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, th. Strasbourg, 1959, LGDJ, 1961, n° 450 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 49 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 370.

⁶ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 363.

obligatoire, qui ne fut pas envisagé par les rédacteurs du Code de 1804¹. Surtout, aucun texte n'interdisait expressément à la volonté unilatérale de créer par elle-même une obligation.

Secundo, la possibilité pour une volonté unilatérale de créer une obligation emportait la possibilité de se délier selon des auteurs², critiqués³. Or, il fallait appliquer par analogie à l'acte unilatéral obligatoire, le régime juridique du contrat, qui comporte le principe de force obligatoire, dont l'un des corrélats est l'irrévocabilité unilatérale, rendant inefficace la manifestation de volonté de l'auteur de l'acte unilatéral obligatoire de révoquer ce dernier.

Tertio, l'acte unilatéral obligatoire créait une obligation sous condition potestative interdite selon certains⁴. Pourtant, une volonté unilatérale pouvait créer une obligation, sans que celle-ci fût par sa source unilatérale forcément affectée d'une condition potestative.

Quarto, l'acte unilatéral obligatoire permettait de reconnaître une obligation sans créancier pour certains⁵. Toutefois, il fut répondu à cette objection qu'il était possible de créer une obligation sans créancier temporairement⁶. Or, une obligation étant un lien de droit unissant un créancier et un débiteur, elle unit au moins deux personnes et donc deux patrimoines et ne peut exister sans créancier⁷. Dès lors, la création d'une obligation par volonté unilatérale était admissible si le créancier de l'obligation était déterminé.

Quinto, l'obligation créée par volonté unilatérale était sans cause selon certaines voix⁸, ce qui fut critiqué⁹, car il y avait lieu de transposer les règles relatives au contrat.

¹ A. Talandier, *De l'engagement par volonté unilatérale*, th. Toulouse, 1911, p. 41 ; F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, 2^e éd., 1919, n° 172, p. 161 ; J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, p. 134 et s. ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 32 ; M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th. Aix, 1989, n° 21 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 63 ; C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th. Paris 2, 2005, Defrénois, 2006, n° 754 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 52.

² R. Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, th. Paris, 1909, p. 62 ; J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, th. Toulouse, 1949, LGDJ, 1951, n° 287 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 356.

³ A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, th. Strasbourg, 1959, LGDJ, 1961, n° 445 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris 1968, LGDJ, 1970, n° 122 ; M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th. 1989, n° 38 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 67 ; J.-L. Aubert et S. Gaudemet, *Rép. civ. Dalloz*, 2013, V° *Engagement unilatéral de volonté*, n° 23 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 52 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 500 ; C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th. Paris 2, 2005, Defrénois, 2006, n° 759 et s.

⁴ A. Talandier, *De l'engagement par volonté unilatérale*, th. Toulouse, 1911, p. 44 et s. ; J. Mateesco, *L'obligation unilatérale et le Code civil*, th. Paris, 1919, n° 42 et s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 67.

⁵ J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, p. 146 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 356.

⁶ R. Guihaire, *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté*, th. Rennes, 1900, p. 22 ; A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, th. Strasbourg, 1959, LGDJ, 1961, n° 445 ; M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th. Aix, 1989, n° 40 et s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 65 ; C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th. Paris 2, 2005, Defrénois, 2006, n° 762 et s. ; J.-L. Aubert et S. Gaudemet, *Rép. civ. Dalloz*, 2013, V° *Engagement unilatéral de volonté*, n° 24 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 52.

⁷ J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, th. Toulouse, 1949, LGDJ, 1951, n° 288 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 185.

⁸ R. Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, th. Paris, 1909, p. 65.

⁹ R. Guihaire, *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté*, th. Rennes, 1900, p. 23 et s. ; A. Talandier, *De*

168. Les arguments partiellement défavorables. Certains arguments étaient présentés comme relativement défavorables à l'acte unilatéral obligatoire.

Primo, celui-ci était présenté comme une technique inutile, car d'autres mécanismes juridiques pouvaient remplir sa fonction¹. Pourtant, il est l'unique technique juridique permettant à une personne seule de créer par elle-même une obligation, en un trait de temps.

Secundo, la possibilité de créer une obligation par volonté unilatérale était source d'incertitudes sur la nature, l'objet et les modalités de cette obligation pour certaines sources², critiquées³. Or, ces incertitudes existent aussi en matière contractuelle, mais la création d'une obligation par volonté unilatérale ne présente pas d'incertitudes sur l'identité des consentements à un contrat qui peuvent exister.

Tertio, il y avait un danger dans l'acte unilatéral obligatoire de voir une personne s'engager par sa seule manifestation de volonté, sans que celle-ci ne rencontre une autre volonté, pour certains⁴. Cependant, la rencontre des volontés contractuelles peut conduire à des tromperies, donc il peut être préférable d'être seul pour créer une obligation.

Quarto, était critiqué le fait qu'une personne devînt créancière d'une obligation sans le vouloir⁵. Néanmoins, aucun principe ne l'interdisait : la créance était créée au profit d'un tiers, qui pouvait en demander l'exécution par la suite ou non, sans lésion de ses droits.

169. Les arguments faussement favorables. Divers arguments furent présentés comme favorables à la création d'une obligation par volonté unilatérale, sans convaincre.

Primo, depuis Gény, il était souvent affirmé que la volonté unilatérale pouvait créer des

l'engagement par volonté unilatérale, th. Toulouse, 1911, p. 51 et s. ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 1, 1923, n° 19.

¹ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 32 ; M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th. Aix, 1989, n° 33 et s. ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 362 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 53.

² R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, th. Paris, 1891, p. 6 ; R. Guihaire, *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté*, th. Rennes, 1900, p. 33 et s. ; R. Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, th. Paris, 1909, p. 66 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 32 ; J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, th. Toulouse, 1949, LGDJ, 1951, n° 289 ; A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, th. Strasbourg, 1959, LGDJ, 1961, n° 446 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris 1968, LGDJ, 1970, n° 186 ; J.-L. Aubert et S. Gaudemet, *Rép. civ. Dalloz*, 2013, V° *Engagement unilatéral de volonté*, n° 21.

³ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 93 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 53 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 502.

⁴ R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, th. Paris, 1891, p. 6 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 32 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris 1968, LGDJ, 1970, n° 186 ; M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th. 1989, n° 45 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 64 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 361 ; J.-L. Aubert et S. Gaudemet, *Rép. civ. Dalloz*, 2013, V° *Engagement unilatéral de volonté*, n° 21 – F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 53.

⁵ R. Guihaire, *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté*, th. Rennes, 1900, p. 20 et s. ; R. Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, th. Paris, 1909, p. 65 ; J. Mateesco, *L'obligation unilatérale et le Code civil*, th. Paris, 1919, n° 80 et s. ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 360 ; F. Terré, P. Simler et Y.

obligations, mais en tant que source subsidiaire¹. Toutefois, s'il était admis que la volonté unilatérale pouvait créer une obligation en droit positif sans autorisation expresse de la loi, cette idée de subsidiarité n'était pas pertinente : si une personne avait manifesté une volonté de créer unilatéralement une obligation, le juge ne pouvait que reconnaître l'existence d'un acte unilatéral obligatoire et ne pouvait recourir à une autre technique juridique afin de saisir cette volonté, sans dénaturer cette dernière. À l'inverse, s'il était admis que la volonté unilatérale pouvait créer une obligation si une loi l'autorisait expressément, alors le législateur devait examiner l'opportunité de reconnaître la possibilité de créer une obligation par volonté unilatérale dans un domaine, mais celui-ci n'était pas obligé de le faire de façon subsidiaire par rapport aux autres mécanismes juridiques.

Secundo, des auteurs affirmèrent que la volonté unilatérale pouvait créer une obligation, mais seulement à durée déterminée². Or, si un contrat pouvait créer des obligations à durée indéterminée ou déterminée, par analogie un acte unilatéral pouvait créer aussi des obligations à durée déterminée ou indéterminée, comme cela fut affirmé³.

170. Les arguments réellement favorables. Il existait plusieurs arguments réellement favorables à la possibilité de créer une obligation par volonté unilatérale.

Pratiquement, la possibilité de créer une obligation par volonté unilatérale répondait à des exigences concrètes de facilité et de célérité dans la création d'une obligation⁴.

Politiquement, le droit des obligations est fondé depuis 1804 sur les idées libérales, qui protègent la liberté individuelle et tendent vers l'efficacité et l'enrichissement économiques. Or, la création d'une obligation par volonté unilatérale s'inscrit dans cette logique libérale.

Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 52.

¹ F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, 2^e éd., 1919, n° 172 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 1, 1923, n° 18 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 170 et s. ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 31 et s. ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif*, t. 2, 1939, n° 397 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris 1968, LGDJ, 1970, n° 187 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 357 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 729 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 54 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 853 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 57 et s. ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 104 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 502 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 615 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 8 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 438.

² J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 186 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 97.

³ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, 3^e éd., PUF, 2012, p. 730.

⁴ F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, 2^e éd., 1919, n° 172 ; R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, th. Paris, 1891, p. 6 et s. ; J. Mateesco, *L'obligation unilatérale et le Code civil*, th. Paris, 1919, n° 62 et s. ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 1, 1923, n° 18 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris 1968, LGDJ, 1970, n° 182 ; C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th. Paris 2, 2005, Defrénois, 2006, n° 778 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 54 ; J.-L.

Techniquement, la possibilité de créer des obligations par volonté unilatérale devait être fondée, avant la réforme de 2016, sur la liberté individuelle consacrée et définie à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, de 1789, selon lequel la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ainsi qu'à l'article 5 de celle-ci disposant que tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché. Or ici, la loi n'interdisait pas la création d'une obligation par volonté unilatérale et elle consacrait la possibilité de produire un effet juridique ne constituant pas une obligation par volonté unilatérale, ainsi que celle de créer des obligations par contrat. Par conséquent, par analogie, la liberté individuelle devait permettre de créer une obligation par volonté unilatérale.

En définitive, la possibilité pour la volonté unilatérale de créer une obligation était débattue avant la réforme de 2016, qui l'a reconnue. En effet, le rapport relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 affirme que l'article 1100-1, « en précisant que l'acte juridique peut être conventionnel ou unilatéral, inclut l'engagement unilatéral de volonté, catégorie d'acte unilatéral créant, par la seule volonté de son auteur, une obligation à la charge de celui-ci ». Parallèlement, la possibilité pour l'offre de contenir une obligation de ne pas l'anéantir était reconnue par une partie de la doctrine avant cette réforme et ne l'est plus aujourd'hui que par quelques auteurs.

2. L'application de la possibilité de créer une obligation pour un acte unilatéral

171. Avant la réforme de 2016. La jurisprudence relative à la révocation et à la caducité de l'offre, antérieure à l'ordonnance de 2016, justifiait notre thèse selon laquelle l'offre avait comme effet accessoire une obligation de ne pas l'anéantir.

D'abord, dans la jurisprudence rattachée par la doctrine à la révocation de l'offre, que nous analyserons en détail lors de l'étude du régime de l'offre, nous distinguons et expliquons quatre séries de décisions par les effets de l'offre¹. En principe, l'offre ne contenait que son effet essentiel, c'est-à-dire un effet de conclusion, sans obligation de ne pas l'anéantir, donc la volonté de la révoquer était efficace comme le reconnaissait la première série de décisions, même si la responsabilité délictuelle permettait d'atténuer cette efficacité, lorsque la révocation était fautive, en obligeant l'offrant à réparer les conséquences dommageables, comme le faisait la deuxième série. Exceptionnellement, l'offre contenait en plus de son effet

Aubert et S. Gaudemet, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Engagement unilatéral de volonté*, 2013, n° 31.

¹ Voir ci-dessous n° 233 et s.

essentiel, son effet accessoire, qui était une obligation de ne pas l'anéantir insérée en elle par la volonté, comme le montrait une quatrième série de décisions : alors la volonté de la révoquer était inefficace, par application par analogie avec le contrat, du principe d'irrévocabilité unilatérale de l'ancien article 1134, alinéa 2, du Code civil.

Ensuite, il existait dans la jurisprudence relative à la caducité de l'offre pour décès de l'offrant, deux types de décisions, le premier reconnaissant la caducité de l'offre pour décès de l'offrant, le second écartant cette caducité en la présence d'une obligation de ne pas anéantir l'offre¹. Or, les premières décisions concernaient l'offre sans obligation de ne pas l'anéantir et la seconde intéressait une offre avec cette obligation.

En définitive, la doctrine évoquait généralement la possibilité de créer une obligation de maintien², mais plus rarement celle de créer une obligation de non-rétractation³. Or, ceci appelle trois séries de remarques sur l'objet de l'obligation créée par l'offre.

Primo, nous n'adhérons pas à l'idée de création d'une obligation de maintien du consentement de l'offrant. En effet, comme nous le verrons lors de l'étude de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement de l'article 1124 du Code civil, certains auteurs affirmèrent sous l'empire des dispositions de 1804, que cette promesse ne pouvait créer une obligation de maintien du consentement contenu en elle, car le promettant n'avait rien à faire positivement⁴. Or, cet argument est pertinent pour ce contrat contenant le consentement complet du promettant, mais l'est aussi par analogie pour l'offre, qui comporte le consentement complet de l'offrant. De fait, si l'offrant veut s'interdire de faire disparaître son consentement en rendant inefficace la volonté de révoquer l'offre, il ne va pas le faire en créant une obligation de faire, dont l'objet est de maintenir son consentement, car il ne veut pas s'obliger à un fait positif et surtout une telle obligation n'a pas d'objet réel.

Secundo, était insuffisante une obligation de ne pas retirer, de ne pas rétracter ou de ne pas révoquer l'offre. Plus précisément, une telle obligation rend inefficace la volonté de révoquer

¹ Voir ci-dessous n° 223 et s.

² I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 117 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 553 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 28 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 38 ; R. Savatier, *Cours de droit civil*, 1947, n° 99 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 234 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 112 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 76 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 30 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 266 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 118 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 853 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 127 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 140 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 744.

³ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 470.

⁴ Voir ci-dessous n° 408.

l'offre, mais n'interdit pas de réaliser un fait rendant l'offre caduque, car la caducité est l'anéantissement du contrat pour disparition postérieure à sa création d'une condition d'existence ou de validité, empêchant son efficacité : elle est différente de la révocation. Par exemple, une obligation de ne pas révoquer l'offre de vente n'interdit pas à l'offrant de la rendre caduque en faisant sortir la chose à vendre de son patrimoine par un acte juridique.

Tertio, l'obligation de ne pas anéantir l'offre était la plus satisfaisante. D'abord, elle satisfaisait la liberté de l'offrant d'insérer ou non une telle obligation. Ensuite, elle rendait inefficace la volonté unilatérale de révocation de l'offre et interdisait tout fait rendant l'offre caduque. De plus, elle permettait d'assurer une pleine sécurité au destinataire de l'offre, une fois le consentement complet manifesté par l'offrant, qui n'était pas assurée par la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement, aujourd'hui régie par l'article 1124 du Code civil, laquelle contient le consentement complet du promettant et une obligation de ne pas l'anéantir. De fait, la conclusion de cette promesse unilatérale de consentement contenant un consentement exige la rencontre d'une offre et d'une acceptation pouvant être séparées dans le temps, ce qui implique un laps de temps d'insécurité, durant lequel la volonté de révoquer l'offre de promesse est efficace.

172. Avec la réforme de 2016. L'ordonnance de 2016 a consacré des règles justifiant notre thèse de l'offre ayant pour effet accessoire, une obligation de ne pas l'anéantir.

En effet, dans le Code civil, l'article 1114 définit l'offre sans faire mention d'une obligation de ne pas l'anéantir, les articles 1115 et 1116 reconnaissent l'efficacité de la volonté de révoquer l'offre et l'article 1117 consacre la caducité de l'offre en cas de décès de l'offrant. Certes le rapport sur l'ordonnance évoque une obligation de maintien de l'offre pendant le délai fixé par son auteur, ou à défaut pendant un délai raisonnable en vertu de l'article 1116 de ce code. Mais cette obligation est créée non par la volonté individuelle mais par la loi : elle est plutôt un devoir puisqu'elle existe même en présence d'une offre à personne indéterminée, laquelle exclut toute obligation *stricto sensu* qui ne peut exister sans créancier déterminé. Dès lors, l'existence de cette « obligation » de maintien ne fait pas de l'offre un acte unilatéral obligatoire, lequel ne peut exister qu'en présence d'une volonté de créer une obligation. Ainsi, ces articles régissent l'hypothèse la plus fréquente de l'offre contenant seulement son effet essentiel et non son effet accessoire.

Néanmoins, le rapport sur l'ordonnance du 10 février 2016 a consacré l'acte unilatéral obligatoire de manière générale et affirme que celle-ci est supplétive de volonté et qu'il n'y

avait pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception. Par conséquent, il est possible pour l'offrant d'insérer dans son offre une obligation de ne pas l'anéantir, afin de déroger à ces articles. Concrètement, la présence d'une telle obligation rend alors inefficace la manifestation de volonté de l'offrant de révoquer l'offre et conduit à sa transmissibilité à cause de mort. Par suite, cela permet d'écarter l'affirmation doctrinale selon laquelle, étant donné que la révocation de l'offre est efficace selon les articles 1115 et 1116 du Code civil, la théorie de l'engagement unilatéral de volonté aurait été rejetée par l'ordonnance¹. De fait, ces articles régissent l'offre ne contenant que son effet essentiel, un effet de conclusion, sans obligation de ne pas l'anéantir, mais il est possible de déroger à eux en insérant cette obligation.

En conclusion, notre thèse est que l'offre était avant 2016 et reste un acte unilatéral, qui comporte toujours un effet de conclusion, essentiel à son existence, et qui peut contenir une obligation de ne pas l'anéantir, qui est accessoire au premier effet. Cette détermination de la nature d'acte juridique unilatéral de l'offre permet de renouveler la présentation des conditions d'existence de cette dernière.

Section II. Les conditions d'existence de l'offre

173. Parmi les conditions classiquement exigées pour l'existence de l'offre, nous opposons les conditions nécessaires (I) et celles non nécessaires à cette existence (II).

I. Les conditions nécessaires à l'existence de l'offre

174. Il existe à notre sens quatre conditions d'existence de l'offre, que sont, d'une part, la manifestation d'une volonté de produire un effet de conclusion (A), et d'autre part, la complétude et l'antériorité de cette volonté (B).

A. La manifestation et l'effet de la volonté

175. Afin qu'un acte unilatéral d'offre existe, il faut d'abord que soit extériorisée une volonté (1) et ensuite que celle-ci tende vers la production d'un effet de conclusion (2).

1. La manifestation de la volonté

176. La condition d'extériorisation de la volonté de contracter est logiquement exigée par les sources du droit évoquant l'offre². En effet, une volonté interne à une personne ne peut

¹ T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 62 et 63.

² G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 136 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 82 et s. ; C. Aubry

produire d'effet par hypothèse, puisqu'elle n'est pas extériorisée et ne peut être connue et prouvée. Ainsi, cette extériorisation de la volonté est une condition d'existence commune à l'ensemble des actes juridiques¹. Or, les auteurs opposent classiquement les offres expresses et les offres tacites comme deux formes de manifestation de l'offre, autorisées par le principe du consensualisme. À ce titre, l'article 1113 du Code civil dispose que la volonté de contracter peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement, ce qui reprend la distinction doctrinale, sans utiliser ses termes, ce qui a été regretté². Cependant, nous pensons que les offres expresses et les offres tacites ne sont pas deux formes d'offres et que l'article 1113 met à tort ces notions sur le même plan. La notion d'offre expresse se situe sur le plan des conditions d'existence de l'offre et exprime la condition d'extériorisation de la volonté de contracter, alors que la notion d'offre tacite se situe sur le plan des conditions de preuve de l'offre et désigne une offre présumée.

177. L'offre expresse. Toute offre est expresse, en ce sens que l'offre est une volonté de contracter extériorisée par un langage et un moyen.

et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 483 ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 71 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 34 et s. ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 23 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 109 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 56 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 131 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 72 et 82 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 97 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 15 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 841 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 113 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-24 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 70 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 136 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 58 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 242 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 734 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 136 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 125 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 137 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 190 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 170 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 202 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1023 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 11 et 36 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 281 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 173 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 94 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 264 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 52 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 144 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 72 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 203 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 194.

¹ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 8^e éd., LGDJ, 1920, n° 265 ; H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., 1929, n° 230 ; J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, p. 17 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 21 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 38 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 9 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 50 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 45 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 489 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 71 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 26 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, p. 23 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, p. 217.

² Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 19 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 202.

De façon générale, les définitions existantes des offres expresses sont hétérogènes.

Primo, selon certaines définitions, l'offre est expresse quand le consentement se manifeste par l'un des signes de traduction de la pensée¹, par un procédé d'expression², ou de communication³, par des modes d'extériorisation énumérés⁴, ou par un acte dont la finalité est de porter à la connaissance d'autrui une volonté de contracter⁵. Ainsi, ces définitions utilisent comme critère d'identification de l'offre expresse, le fait que celle-ci soit une volonté exprimée par un langage ou un moyen d'extériorisation de la pensée. Toutefois, l'offre est une volonté de contracter manifestée à la fois par un langage et par un moyen de l'extérioriser.

Secundo, d'autres définitions tentent de cerner les offres expresses par un critère tenant à leur appréhension, qui ne nécessiterait pas d'interprétation⁶. Cependant, un acte juridique est toujours exprès, en ce sens qu'il est une volonté de produire un ou plusieurs effets juridiques, exprimée par un langage et un moyen, qui peut, soit être claire et précise et ne pas nécessiter d'interprétation, soit être obscure ou imprécise et exiger une telle interprétation.

Tertio, des auteurs ont utilisé le caractère direct de la manifestation de volonté contracter afin de l'identifier comme expresse⁷. Néanmoins, ce qui est direct ou indirect est le mode de preuve de ces volontés expresses ou tacites : l'offre tacite étant une offre présumée, c'est-à-dire prouvée indirectement à partir d'un fait l'impliquant.

¹ J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 82 ; J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, p. 55 ; P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977, n° 14.

² R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 1, 1923, n° 182.

³ C. Brenner, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Acte juridique*, janv. 2013, n° 84 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 264 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 26 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 414.

⁴ C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, vol. 24, 1870, n° 55 ; G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 128 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 483 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 552 bis ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 848 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 735 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 125 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 58 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 21 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 60 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1019 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 266 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 144 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 72 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 133 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 195.

⁵ A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 25 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 82 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 113 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 70 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 137 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 74 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 170.

⁶ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 95 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-24 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 244 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 205.

⁷ J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, p. 56 ; J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, th. Toulouse, 1949, LGDJ, 1951, n° 175 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 27 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 103 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 59 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 131.

Quarto, certains auteurs affirment de manière pertinente qu'il n'existe que des offres expresses¹. De fait, les expressions d'offre expresse et de manifestation expresse d'offre², sont des pléonasmes. Plus précisément, l'offre est manifestation de volonté complète de produire un effet de conclusion du contrat ; dès lors, c'est une volonté nécessairement expresse car extériorisée par un langage et un moyen.

En particulier, il est possible de mentionner divers langages et moyens de manifestation de cette volonté de contracter.

Le plus souvent le langage ne se confond pas avec le moyen d'extériorisation de la volonté de contracter. D'une part, les langages utilisables pour exprimer une volonté de contracter sont multiples, avec la langue française, ou les autres langues d'origine française ou étrangère. D'autre part, les moyens d'extériorisation de la volonté de contracter ne se confondant pas avec un langage sont aussi très divers avec les supports corporels nombreux dont le papier classiquement très utilisé avec les lettres, affiches, devis, factures, catalogues ou bons de commande notamment, mais aussi la voix humaine et les moyens électriques ou électroniques dont l'informatique. Par exemple, le fait de mettre des produits dans un distributeur automatique est vu en doctrine comme une offre expresse³, ou tacite⁴. Or s'il est écrit sur le distributeur que les produits sont à vendre au prix affiché pour chacun d'eux, il existe une manifestation par écrit en français d'un consentement complet à une vente, c'est-à-dire une « offre expresse ». Inversement, si est affiché un prix seul sans écrit de vente des produits, l'offre est alors présumée, tacite. De même, le fait de mettre un objet en vitrine avec un prix affiché est vu en doctrine comme une offre expresse⁵, ou tacite¹. En réalité, si cette

¹ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 2^e éd., LGDJ, 1902, n° 971 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 72 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 97 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 467 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 37 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 281.

² C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, vol. 24, 1870, n° 55 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 82 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 95 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 103 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 131 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 72 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 26 ; C. Brenner, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Acte juridique*, janv. 2013 n° 84 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 734 et s. ; JCP G 2015, supplément au n° 21, *La formation du contrat - Articles 1111 à 1129*, N. Molfessis, p. 9 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, p. 336.

³ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 72 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 113 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 467 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 170 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 281.

⁴ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 131 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 26 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, 2012, 3^e éd., PUF, p. 264 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 58 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 414.

⁵ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 72 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 113 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 137 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 467 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e

vitrine comporte un écrit précisant que le produit est en vente à un prix déterminé, il existe une extériorisation d'un consentement complet à cette vente avec un langage et un moyen de manifestation, alors qu'en présence d'un prix non accompagné d'un écrit indiquant que le produit est en vente, l'offre est présumée, tacite.

Ponctuellement, le langage se confond avec le moyen d'extériorisation de la volonté de contracter : c'est le cas du langage des signes.

178. L'offre tacite. La notion d'offre tacite renvoie à une offre présumée et donc se situe sur le plan des conditions de preuve de l'offre et non sur le terrain de la forme de l'offre, sur lequel elle est classiquement évoquée.

Premièrement, les définitions des offres tacites apparaissent homogènes.

D'abord, leur homogénéité apparaît dans le fait qu'elles affirment que la volonté résulte², est induite³, découle⁴, est déduite⁵, interprétée⁶, à partir d'un fait⁷, d'un comportement⁸, d'une

éd., 2018, n° 170 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 281.

¹ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 137 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 40 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 28 ; H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 131 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 26 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 58 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 49 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 125 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations, t. 3, Economica*, 7^e éd., 2014, n° 244 ; B. Fages, *Droit des obligations*, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 73 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 83 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 50 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 95 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 266 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 72 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations, t. 3, Economica*, 10^e éd., 2021, n° 205 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 133 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 195.

² C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, vol. 24, 1870, n° 56 ; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, 1883, n° 764 ; G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 129 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 82 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 483 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris 1968, LGDJ, 1970, n° 27 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 97 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 742 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1020 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 174 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 95 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 266 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 144 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 195.

³ C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations, t. 3, Economica*, 7^e éd., 2014, n° 244 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations, t. 3, Economica*, 10^e éd., 2021, n° 205.

⁴ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 736 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 58 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1021 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 72.

⁵ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, n° 32 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 264 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 849 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 12 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 174 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 414.

⁶ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 552 bis.

⁷ C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, vol. 24, 1870, n° 56 ; G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 129 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 483 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 103.

⁸ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 97 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 264 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 26 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 849 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations, t. 3, Economica*, 7^e éd., 2014, n° 244 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 58 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les*

attitude¹, d'un acte², d'une conduite³, des circonstances⁴, qui la présupposent⁵, l'impliquent⁶ ou l'indiquent⁷. En particulier, Godé, dans sa thèse de 1973, relative à la volonté et aux manifestations tacites, opposa aux volontés expresses, les manifestations tacites et directes de volontés, qui résultent de l'exécution de l'acte juridique⁸, et les manifestations tacites et indirectes de volontés, résultant d'actes juridiques ou matériels, autres que l'exécution d'un acte juridique⁹. Or, l'acte juridique unilatéral tacite et l'offre tacite sont des volontés présumées et constituent des notions qui prennent leur sens sur le plan des conditions de preuve de l'acte juridique. En effet, s'il est impossible de prouver dans une espèce qu'une volonté de produire un effet juridique a été extériorisée par un langage et un moyen, cette volonté doit être normalement considérée comme inexistante et aucun acte juridique n'existe. Cependant, la présomption est une technique permettant à la loi ou au juge d'établir un fait inconnu à partir d'un fait connu. Dès lors, la présomption est applicable en tant que mode de preuve, à l'acte juridique unilatéral, qui est un fait matériel d'extériorisation d'une volonté de produire un effet juridique ou plusieurs par elle-même, car il est possible que ce fait matériel de manifestation de volonté, même s'il est inconnu, soit déduit d'un autre fait, connu, qui l'implique logiquement. En particulier, l'existence d'une offre, qui est une manifestation de volonté de contracter complète, peut être présumée à partir d'un fait matériel qui l'implique, si

obligations, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 742 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 12 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 174 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 95 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 414 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 72 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 205 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 195.

¹ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 264 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 58 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 137 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 72 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 414 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 266.

² G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, 1883, n° 764 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 82 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 483 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 552 bis ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 736 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, n° 32 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 70 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 137 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 74 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1021.

³ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris 1968, LGDJ, 1970, n° 27.

⁴ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 144.

⁵ C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, vol. 24, 1870, n° 56 ; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, 1883, n° 764 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 483 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 70 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 137 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 74.

⁶ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 129 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 103 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, n° 32 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 26 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 736.

⁷ C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, vol. 24, 1870, n° 56 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 483 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 131.

⁸ P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977, n° 15.

⁹ P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977, n° 42.

ce mode de preuve est recevable en vertu des articles 1359 et suivants du Code civil. À ce titre, l'article 1113 de ce code affirme que la volonté de contracter peut résulter du comportement : il doit être compris comme reconnaissant la possibilité de présumer un consentement complet à partir d'un comportement qui n'est pas une manifestation de volonté. Ensuite, sur le plan sémantique, évoquer une manifestation tacite de volonté ou de l'offre¹, est un oxymore. De fait, lorsqu'un acte unilatéral est tacite, il est présumé à partir d'un fait matériel qui l'implique, sans être une manifestation de volonté de produire un effet juridique ou plusieurs par elle-même. À l'inverse, il est possible de parler d'acte unilatéral tacite ou d'offre tacite, ce qui équivaut aux notions d'acte unilatéral présumé ou d'offre présumée.

Deuxièmement, le fait que l'offre tacite soit un consentement complet présumé à partir d'un fait l'impliquant apparaît lors de l'étude des grands cas d'offre tacite. Ainsi, il est des offres qui sont présumées par la loi, comme dans le cas de la tacite reconduction prévue par l'article 1738 du Code civil, présentée en doctrine comme une offre tacite², qui est une présomption légale d'un consentement complet, à partir du fait pour le preneur de rester et d'être laissé en possession du bien qui lui était loué par un bail expiré. Parallèlement, le juge peut présumer l'existence d'un consentement complet à partir d'un fait qui l'implique probablement. De fait, cette présomption judiciaire est mise en œuvre notamment dans les cas de tacite reconduction non prévus par la loi. Un autre exemple est la présomption d'offre à partir du fait pour un taxi de stationner sur un emplacement réservé, car il n'y a pas ici manifestation d'une volonté avec un langage et un moyen d'extériorisation, mais offre tacite³, même si la jurisprudence a considéré que ce fait constitue une offre⁴, et si des auteurs pensent

¹ C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, vol. 24, 1870, n° 56 ; P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977, n° 15 et 42 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 103 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 131 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 26 ; C. Brenner, *Rép. civ. Dalloz*, V^e *Acte juridique*, janv. 2013, n° 84 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, 14^e éd., Dalloz, 2014, n° 736 ; JCP G 2015, supplément au n° 21, *La formation du contrat - Articles 1111 à 1129*, N. Molfessis, p. 9 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2018, p. 337.

² F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 113 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 137 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 170 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1021 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 144.

³ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 264 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 125 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 58 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 73 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 83 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1021 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 174 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 266 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 53 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 414 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 144 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 72 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 133 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 77.

⁴ Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 1969 : Bull. civ. I, n° 381 ; D. 1970, p. 104.

que c'est une offre expresse¹. Néanmoins, ce mode de preuve indirecte d'un consentement n'est pas recevable lorsqu'un autre est exigé, ce qui est le cas pour l'acte juridique supérieur à 1500 euros en vertu de l'article 1359 du Code civil.

Troisièmement, étant donné que l'offre et l'acceptation peuvent être présumées à partir de faits, il ne faut pas adhérer aux idées selon lesquelles il n'y aurait pas d'offre et d'acceptation lorsque la conclusion est constatée par le juge à partir de comportements².

Ainsi la première condition d'existence de l'offre est l'extériorisation d'une volonté, mais il faut ensuite que cette volonté tende par elle-même vers la production d'un effet juridique de conclusion d'un contrat.

2. L'effet de la volonté

179. L'explication de l'effet de conclusion. Les sources existantes, qu'elles soient antérieures ou postérieures à la réforme de 2016, n'ont jamais affirmé que l'offre est un acte juridique unilatéral, avec un effet de conclusion du contrat, pour effet juridique essentiel, c'est-à-dire pour effet devant être présent pour que celle-ci existe. De fait, elles affirment que l'offre est une volonté proposant³, ou qui provoque la conclusion d'un contrat⁴, une volonté destinée à former un contrat⁵, d'être lié⁶, d'assurer un engagement obligatoire⁷, de s'engager⁸, de s'obliger⁹, de créer des obligations¹⁰, une proposition de contracter¹. En particulier, l'article

¹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 113 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 137 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 281.

² B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 72 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 76.

³ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 41 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 260 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 132 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 238 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 86 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 264 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 50 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 407 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 199.

⁴ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 138 ; Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, th. Toulouse, 1961, LGDJ, 1963, p. 39.

⁵ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^e éd., 2015, n° 137 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 137.

⁶ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 477 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 34 ; P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2006, art. 1105-1 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 30 ; F. Terré, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008, art. 15 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations*, *Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 67 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 840 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations*, *Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 71 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Contrat : formation*, janv. 2019, n° 4 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 68.

⁷ P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 30 ; Lamy *Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-19.

⁸ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 76 ; P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2006, art. 1105 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 10 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 198 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 60 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 2 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 51 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 198.

⁹ L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 100 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 477 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 13.

¹⁰ L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 60 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 101 ; I. Papazol,

1113 du Code civil définit l'offre et l'acceptation comme des volontés de s'engager, alors que l'article 1114 de ce code affirme que l'offre exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Pourtant, chronologiquement, entre la manifestation de la volonté de contracter et la création du contrat, lequel est une situation juridique, l'identification de l'effet de conclusion est le chaînon manquant dans les sources existantes, qui estiment parfois à tort que l'offre se transforme en obligation², ou en contrat au moment de la conclusion³, alors que l'offre s'éteint en produisant son effet de conclusion⁴. Ainsi, la reconnaissance de l'effet de conclusion comme effet essentiel à l'existence de l'offre est indispensable afin d'expliquer ce qu'est une offre par opposition à d'autres notions, comme les notions des pourparlers⁵, ou le consentement à un mariage qui est une volonté de produire un effet de création de la situation juridique qu'est le mariage. Aussi, cette identification de l'effet de conclusion de l'offre permet de ne constater l'existence d'une offre que de façon justifiée. En pratique, s'il apparaît un doute sur l'existence d'une volonté de conclure un contrat, c'est-à-dire de produire un effet de conclusion, il faut par respect de la volonté et de la liberté contractuelle écarter l'existence d'une offre, afin de ne pas imposer un contrat à une personne qui ne l'a pas voulu.

180. L'effet de conclusion et les contresens. Il est des hypothèses dans lesquelles la volonté de contracter a été exclue à tort en doctrine.

Primo, selon certaines sources, il n'y aurait pas de volonté de contracter sérieuse, si une personne manifeste la volonté de conclure un contrat comportant une obligation avec une condition potestative⁶. Cependant, il existe ici une volonté complète de produire un effet de conclusion du contrat, qui formera un contrat en rencontrant une volonté identique, même si ce contrat contient une telle condition, ce qui pourra entraîner la nullité de celui-ci.

Secundo, certaines sources affirment qu'il n'y aurait pas de volonté de contracter sérieuse, lorsqu'une personne manifeste une volonté de contracter par jeu⁷. Toutefois, il faut distinguer

Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels, th. Paris, 1907, p. 70.

¹ C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 66.

² L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 62.

³ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 325.

⁴ Voir ci-dessous n° 211.

⁵ Voir ci-dessus la première partie.

⁶ J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, p. 33 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 33 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 10.

⁷ L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, art. 1101, n° 4 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 477 ; J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, p. 33 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 102 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 32 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 10 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 733 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 9 ; Y. Buffelan-Lanore et V.

deux volontés. D'une part, il existe la manifestation de volonté de produire un effet ludique qui prend la forme d'une fausse volonté de contracter : par exemple, lors d'une course à pieds entre deux amis en forêt de Fontainebleau, l'un d'eux propriétaire d'une villa bordant cette dernière manifeste sous forme de plaisanterie la volonté de faire donation de cette villa à son ami si ce dernier gagne la course. D'autre part, la manifestation de volonté complète de produire un effet de conclusion d'un contrat, avec pour but un mobile ludique, est bien une offre, comme l'offre d'achat de l'ancienne Porsche 964 de Diego Maradona par loisir¹.

Tertio, des sources ont soutenu par le passé que la promesse de gains résultant d'une loterie par correspondance constituait une volonté de contracter². Néanmoins, il n'existe ici aucune manifestation de volonté de produire un effet de conclusion d'un contrat³.

Quarto, il a été parfois affirmé que la volonté de contracter manifestée sans discernement ne serait pas une offre, faute de volonté sérieuse⁴. Pourtant, il existe bien ici une volonté de produire un effet de conclusion, mais le contrat est annulable, étant donné que la présence du discernement est une condition de validité des actes juridiques.

181. L'effet de conclusion et la courtoisie ou complaisance. Les sources existantes évoquent les actes de courtoisie ou de complaisance⁵, lesquels ont été saisis comme le service d'autrui sans intention de se lier⁶. Plus précisément, ces hypothèses sont les promesses familiales dont la promesse de récompense faite à un fils par son père en cas de réussite à un examen⁷, les promesses sociales ou mondaines comme l'invitation à dîner⁸, la remise d'un

Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1017.

¹ Une Porsche de Diego Maradona vendue un demi-million d'euros, www.lefigaro.fr, 10/03/2021.

² C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 231 bis ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 433.

³ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 18.

⁴ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 477 ; J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, p. 33 et 42 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 102 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 6 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 8.

⁵ A. Viandier, *La complaisance*, JCP G 1980, I, 2987 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 34 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 464 et s. ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 34 et s. ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 10 et s. ; C. Brenner, *Rép. civ. Dalloz, V° Acte juridique*, janv. 2013, n° 17 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 55 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 61 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 14 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 122 ; B. Fages, *Droit des obligations*, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 19 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 10 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 247.

⁶ A. Viandier, *La complaisance*, JCP 1980, I, 2987, n° 16 et s.

⁷ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, Langlet, 1835, n° 3 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 34 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 34 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 13 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 55 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 122 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 441.

⁸ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 13 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*,

bien à une personne afin qu'elle le garde sans contrat de dépôt¹, la demande de transport d'une personne ou d'un bien sans contrat de transport², l'assistance d'autrui notamment à la suite d'un accident³, ou la demande de conseil à un professionnel hors de tout cadre professionnel à titre personnel⁴. Or, il existe deux éléments de définitions communs à ces faits. Positivement, ils naissent de volontés de réaliser un fait avec ou pour autrui ou de remettre une chose à autrui. Négativement, ils ne tendent pas vers la production d'un effet de conclusion d'un contrat afin de réaliser ce fait ou de remettre cette chose.

182. L'effet de conclusion et l'engagement d'honneur. Les engagements d'honneur englobent des manifestations de volontés diverses, par lesquelles une personne s'engage à faire, ne pas faire ou remettre quelque chose, sans le vecteur juridique d'une obligation créée par un contrat ou un acte unilatéral obligatoire⁵. Or, il faut distinguer les vraies et fausses hypothèses évoquées au titre des engagements d'honneur.

Primo, est parfois présentée comme engagement d'honneur la manifestation d'une volonté de contracter, contenant une clause compromissoire, soumettant à l'arbitrage des litiges pouvant naître de ce contrat. Pourtant, il y a bien ici une volonté de produire un effet de conclusion d'un contrat, donc la qualification d'engagement d'honneur doit être exclue.

Secundo, dans les hypothèses d'engagements d'honneur, des sources mentionnent la

Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 55 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 122 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 14 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 19 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 441.

¹ P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 37 et s. ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code*, Art. 1109, *Consentement*, sept. 2012, n° 11.

² J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, p. 36 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 36 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code*, Art. 1109, *Consentement*, sept. 2012, n° 12 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 55 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 61 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 14 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, p. 221.

³ P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 39 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 293 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code*, Art. 1109, *Consentement*, sept. 2012, n° 11 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 55 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 62 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 2159 et s. ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, p. 221 et s. ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 19.

⁴ P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 61 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 14.

⁵ B. Oppetit, *L'engagement d'honneur*, D. 1979, chron. p. 107 et s. ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 34 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 265 et s. ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 663 et s. ; F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, th. Paris I, 1993, LGDJ, 1994, n° 267 et s. ; B. Lassale, *Les pourparlers*, RRJ 1994, p. 825 et s. ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 386 et s. ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 41 et s. ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code*, Art. 1109, *Consentement*, sept. 2012 n° 14 ; C. Brenner, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Acte juridique*, janv. 2013, n° 17 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 56 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations*, *Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 51 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 14 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 61 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 250.

manifestation de volonté de contracter, dont l'auteur exclut le recours à toute juridiction étatique ou arbitrale. Cependant, il faut séparer la volonté tendant à produire un effet de conclusion d'un contrat rejetant la compétence des juridictions étatiques et tout recours à l'arbitrage, de la volonté tendant à former un engagement d'honneur qui n'est pas un contrat. *Tertio*, dans les hypothèses évoquées au titre des engagements d'honneur, figurent les cas dans lesquels une personne manifeste la volonté de s'engager sur le plan de l'honneur et non du droit. Or, il n'y a pas ici de manifestation de volonté de produire un effet de conclusion de contrat et l'utilisation de l'expression d'engagement d'honneur peut se justifier afin d'exprimer l'idée selon laquelle son auteur s'engage sur un plan non juridique.

183. L'obligation de non-anéantissement de l'offre. Cette obligation était avant l'ordonnance du 10 février 2016 et demeure un effet accessoire de l'offre, c'est-à-dire un effet qui peut être inséré ou non dans l'offre par l'offrant et sans lequel cette dernière existe. Néanmoins, l'existence d'une obligation de ne pas anéantir son consentement, créée par la volonté unilatérale de l'offrant, doit être retenue seulement si ce dernier a manifesté une volonté de produire simultanément un effet de conclusion et une obligation de ne pas l'anéantir. Ainsi, l'offrant doit utiliser des termes traduisant la volonté de créer cette obligation, c'est-à-dire les termes engagement ou obligation, ou les verbes pronominaux s'engager et s'obliger. En revanche, il ne faut pas constater cette obligation de non-anéantissement de consentement à partir de l'existence d'un délai inséré dans une volonté de produire un effet de conclusion, car sans autre mention ce délai est attaché à l'effet de conclusion de celle-ci, indiquant le délai durant lequel il peut se produire, donc il est un terme extinctif de cet effet. Plus précisément, ce délai est aujourd'hui le délai fixé par l'offrant avant l'expiration duquel la révocation de l'offre est fautive selon l'article 1116 du Code civil et à l'expiration duquel l'offre est caduque en vertu de l'article 1117 de ce code. Dès lors, imposer une telle obligation de ne pas anéantir l'offre à l'offrant, à partir de la présence de ce délai serait une atteinte à la liberté et une dénaturation de la volonté. À ce titre, le rapport sur l'ordonnance soutient que l'article 1116 crée une obligation de maintien de l'offre pendant le délai fixé par l'offrant, ou à défaut, un délai raisonnable. Mais à l'analyse l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'offrant exige seulement un comportement contraire à celui d'un standard, sans nécessité de parler d'une telle obligation. Surtout, cette dernière est d'origine légale, distinction de l'obligation de non-anéantissement créée par la volonté de l'offrant et constitue plutôt un devoir techniquement.

En définitive, la doctrine soutenait avant l'ordonnance du 10 février 2016¹, et soutient encore depuis cette dernière, que la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement, de l'article 1124 du Code civil, est plus qu'une offre². Certes, cela est vrai au plan des effets essentiels à leur existence, mais lorsque l'offre contient l'obligation de non-anéantissement en plus de son effet de conclusion, les contenus de l'offre et de cette promesse sont identiques, donc celles-ci ont le même régime. À côté des conditions d'existence de l'offre que sont la manifestation de volonté et de l'effet de conclusion de cette dernière, figurent les conditions de complétude et d'antériorité de cette volonté.

B. La complétude et l'antériorité de la volonté

184. L'offre est une manifestation de volonté de contracter complète, comme l'acceptation (1), toutefois elle se distingue de cette dernière par son antériorité (2).

1. La complétude de la volonté de contracter

185. La terminologie de l'exigence de complétude. Les sources, antérieures à l'ordonnance du 10 février 2016³, ou postérieures⁴, exigent au titre de l'existence de l'offre, la

¹ 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 52 et s. ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 21 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 123 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 465 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 73.

² P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 72 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 279 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 9 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 9 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 201 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 77.

³ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 52 ; J.-Y. Choley, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion*, th. Aix, 1974, p. 59 ; P. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. Aix, 1981, n° 140 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, p. 32 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 109 ; F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, th. Paris 1, 1993, LGDJ, 1994, n° 154 ; S. Piedelièvre, *Cours de droit civil*, t. 1, vol. 2, Montchrestien, 13^e éd., 1997, n° 545 ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 4^e éd., 2001, n° 4 ; P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2006, art. 1105 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, 2007, n° 82 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 263 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 18 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 69 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 844 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 109 ; *Lamy Droit du contrat*, 2013, n° 135-7 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 119 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 49 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 57 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 133 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 742 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 246 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 465 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^e éd., 2015, n° 139 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 74.

⁴ Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 19 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 60 et s. ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-101 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 165 et 166 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 199 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 73 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz, V° Contrat : formation*, janv. 2019, n° 45 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 67 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 83 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 50 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 16 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1030 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 279 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 169 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 87 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 265 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des*

précision de cette volonté. Toutefois, ce terme de précision ne s'applique pas de manière optimale à une volonté, car la précision renvoie à ce qui est exact¹. À l'inverse, quelques auteurs utilisent l'idée de complétude pour désigner la nécessité d'une description du contenu du contrat par l'offre², ce qui est préférable pour deux raisons. *Primo*, un contrat est un acte juridique contenant des effets juridiques, si bien que la volonté de contracter doit décrire de manière complète le contenu qui sera celui du contrat au moment de la conclusion. *Secundo*, l'idée de complétude de la volonté de contracter permet d'englober la forme conditionnant la conclusion, au contraire du concept de précision. À ce titre, le fait que l'offre doive être précise ou complète est un pléonasme : c'est la volonté de contracter qui doit être précise ou complète afin de constituer une offre, qui est forcément précise ou complète quant à elle.

186. Le contenu de l'exigence de complétude. Afin de déterminer si un consentement est précis ou complet, les sources existantes utilisent surtout la notion d'élément essentiel que nous avons écartée au profit de trois notions dans la partie préliminaire. La première détermine si la volonté de contracter contient les effets abstraits essentiels à la complétude. Or, cette étape exige une confrontation de ces effets essentiels à la complétude, qui sont contenus dans cette volonté de contracter, aux effets essentiels de chacun des contrats spéciaux, afin de qualifier le contrat à la conclusion offert, qui peut être un contrat simple, nommé, innommé et connu, ou innommé et inconnu, mais aussi un contrat complexe contenant plusieurs de ces types de contrats. La deuxième détermine si celle-ci contient aussi leurs éléments concrets essentiels à la complétude. La troisième étudie si la volonté de contracter est manifestée par la forme essentielle à la complétude.

Ainsi, afin qu'existe une offre, il faut qu'une volonté soit manifestée, tendre vers la conclusion d'un contrat, mais aussi qu'elle soit complète. Parallèlement, offre et acceptation se distinguent par leur chronologie : l'offre est antérieure à l'acceptation.

obligations, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 51 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 52 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 413 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 139 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 71 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 207 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 132 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 78 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 199.

¹ É. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, t. 3, Hachette, 1874, p. 1272.

² J.-Y. Choley, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion*, th. Aix, 1974, p. 59 ; P. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. Aix, 1981, n° 140 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 109 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 18 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 742 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 57 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 61 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1030 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 265 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 71.

2. L'antériorité de la volonté de contracter

187. L'explication de la condition d'antériorité. Les sources classiques développent rarement la condition d'existence de l'offre qu'est l'antériorité de la volonté de contracter¹. Afin qu'existe un acte unilatéral d'offre, il ne suffit pas qu'une volonté de contracter complète soit manifestée, car il faut aussi que celle-ci soit antérieure à toute volonté de contracter identique et existante d'un tiers. Ainsi, une volonté de contracter complète ne peut constituer une offre que si elle ne suit pas une première volonté de contracter identique émanant d'une autre partie au contrat offert et existant lors de sa manifestation. En effet, si une telle volonté de contracter complète suit une première volonté identique émanant d'une autre partie au contrat offert et existant, elle est une acceptation de cette volonté constituant une offre. Aussi, constitue une offre la volonté de contracter complète manifestée après qu'ait été extériorisée une première volonté identique par un tiers, mais ayant disparu juridiquement au moment de cette manifestation de la seconde.

188. L'application de la condition d'antériorité. L'application de la condition d'antériorité de la volonté de contracter complète est difficile dans cinq hypothèses. Premièrement, est difficile le cas des futurs codébiteurs ou cocréanciers manifestant leurs volontés de conclure un contrat. Par exemple, des époux manifestent la volonté de vendre un bien dont ils sont propriétaires. Plus précisément, la jurisprudence et la doctrine considèrent que la manifestation de leurs volontés constitue une offre². Par exemple, dans l'arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 1997, des époux avaient manifesté leurs volontés de conclure une promesse unilatérale de vente, qui furent qualifiées d'offre³. Plus généralement, lorsque des futurs codébiteurs ou cocréanciers manifestent leurs volontés de contracter complètes, des auteurs affirment que ceux-ci sont offrants⁴, ou co-offrants⁵, et font une offre⁶,

¹ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 8 et s. ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 22 et s. ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 77 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 839 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 261 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-27 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 247 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 208 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 408.

² D. 1990, jurispr. p. 365, note G. Virassamy, n° 13 ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 296 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-49 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 119 ; Gaz. Pal. 21 oct. 2014, p. 5, obs. D. Houtcieff ; Comm. com. électr. 2014, comm. 84, G. Loiseau ; RTD civ. 2014, p. 877, obs. H. Barbier ; RDC 2014, p. 601, note Y.-M. Laithier ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 217 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 235.

³ Cass. 3^e civ., 10 déc. 1997, n° 95-16.461 : Bull. civ. III, n° 223 ; D. 1999, p. 9, obs. P. Brun ; Defrénois 1998, p. 336, obs. D. Mazeaud ; LPA 23 nov. 1998, p. 15, note Y. Dagorne-Labbé.

⁴ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 161.

⁵ R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 296 ; LPA 25 févr. 2009, p. 6, C. Juillet.

⁶ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 132 ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 152 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th.

ou une offre conjointe¹. Néanmoins, nous pensons que dans tous ces cas constitue une offre le seul consentement complet manifesté chronologiquement en premier par un des codébiteurs ou cocréanciers, alors que le consentement qui est identique et manifesté par l'autre codébiteur ou cocréancier est une acceptation, qui sera suivie d'une autre acceptation par le créancier ou débiteur. En outre, dans les cas dans lesquels un offrant veut qu'il y ait plusieurs acceptants de son offre, afin que le contrat ne soit pas conclu par la première acceptation, il doit décrire le contenu du contrat en mentionnant l'existence de codébiteurs ou cocréanciers.

Deuxièmement, le législateur s'intéresse à l'identité de l'offrant ponctuellement². En effet, les articles 894 et 1984 du Code civil affirment respectivement que le donataire est acceptant et que le mandataire accepte le mandat. De plus, en vertu des articles L312-18 et L313-34 du Code de la consommation, c'est le professionnel qui émet l'offre de contrat de crédit à la consommation ou de crédit immobilier. Or, ces règles ne concernent pas l'existence de l'offre.

Troisièmement, parfois seule l'une des futures parties est normalement à même de faire une offre alors que l'autre est en position d'acceptant potentiel³.

Quatrièmement, il se peut que deux personnes s'envoient deux volontés identiques, qui se croisent et que ces personnes qualifient chacune d'offre. Or, des auteurs considéraient que ces offres pouvaient se rencontrer et former un contrat⁴, mais d'autres étaient opposés à cette vision⁵. Néanmoins, il existe nécessairement une différence, même minime, dans les dates et heures de ces manifestations de volontés de contracter, donc il y a lieu de requalifier la seconde volonté qualifiée d'offre en acceptation et de constater la conclusion.

Cinquièmement, certains affirment qu'il est parfois impossible de distinguer l'offre et l'acceptation, en prenant l'exemple du contrat signé chez un notaire, ou plus généralement

Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 17 ; M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th. Aix, 1989, n° 251.

¹ A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 49 ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 296 ; Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 21.

² A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 23 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 117 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 25 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 261 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 111 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 839 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-27 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 4 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 407.

³ A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 23 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 77 et s. ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 261 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-27.

⁴ J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 216 et s. ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 124.

⁵ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 164 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 149 et s. ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 97.

ceux des contrats rédigés par un tiers, pour lesquels il n'y aurait pas d'offre¹. Pourtant, dans ces cas l'offre résulte de la signature de l'acte rédigé par un tiers intervenant en premier, puis la signature suivante constitue une acceptation. Parallèlement, la signature par un représentant est bien une offre ou une acceptation selon son moment.

Au total, les conditions réellement nécessaires à l'existence de l'offre sont au nombre de quatre : il faut une manifestation de volonté, tendant vers la production d'un effet de conclusion, complète et antérieure à toute volonté identique et existante d'une autre partie au contrat offert. À l'inverse, d'autres aspects ne sont pas nécessaires à l'existence de l'offre.

II. Les conditions non nécessaires à l'existence de l'offre

189. Parmi les aspects évoqués ou exclus par les sources existantes au titre des conditions d'existence de l'offre et qui n'en sont pas à nos yeux, figurent la fermeté et la non-équivoque (A), mais aussi la notification et la destination (B) de la volonté de contracter.

A. La fermeté et la non-équivoque de la volonté de contracter

190. Dans les sources existantes, la condition de fermeté de la volonté de contracter est généralement requise (1), alors que la non-équivoque de cette volonté est ponctuellement exigée (2), mais ces conditions n'existent pas à titre autonome selon nous.

1. La fermeté de la volonté de contracter

191. Parmi les conditions d'existence de l'offre, la fermeté de la volonté de contracter était exigée avant l'ordonnance du 10 février 2016² ; elle le reste aujourd'hui sans être posée expressément par celle-ci³. Or, cette fermeté de la volonté exclut que cette dernière comporte

¹ G. Rouhette, *Regards sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, RDC 2007, p. 1371, n° 48 ; F. Terré, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008, p. 121 ; C. Aubert de Vincelles, *Le processus de conclusion du contrat*, dans *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, p. 119 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 838 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Contrat : formation*, janv. 2019, n° 44 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 4 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 194.

² J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 38 ; S. Piedelièvre, *Cours de droit civil*, t. 1, vol. 2, Montchrestien, 13^e éd., 1997, n° 545 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 89 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 19 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 261 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-21 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 846 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 110 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 69 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 119 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 49 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 249 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 57 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 134 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 19 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 142 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 465 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 74.

³ B. Haftel, *La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, Gaz. Pal. 30 avr. 2015, n° 120, p. 8 et s. ; Assoc. H. Capitain, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 19 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 167 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 60 et s. ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 200 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-101 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations*,

une réserve faisant obstacle à la qualification d'offre et distinguée de la réserve ne faisant pas obstacle à cette qualification. Néanmoins, cette fermeté est une fausse condition d'existence de l'offre à nos yeux, car derrière ces prétendues réserves faisant obstacle à l'existence de l'offre, il y a l'absence d'une autre condition d'existence de l'offre, alors que sous couvert de prétendues réserves ne faisant pas obstacle à son existence, il y a des mécanismes classiques du droit des obligations.

192. Les réserves excluant la fermeté. Lorsque les sources existantes soutiennent qu'une volonté ne constitue pas une offre en raison de la présence d'une réserve la privant de sa fermeté, il y a une volonté qui ne constitue pas une offre, car il manque une des deux conditions d'existence de l'offre, que sont l'effet de conclusion et la complétude.

D'une part, il est des cas dans lesquels les sources classiques affirment qu'une volonté ne constitue pas une offre en raison de la présence d'une réserve la privant de sa fermeté, alors que cette volonté ne peut être qualifiée d'offre car celle-ci n'a pas un effet de conclusion.

De fait, une personne peut manifester une volonté préparant la conclusion d'un contrat mais ne tendant pas vers la production d'un effet de conclusion de ce contrat. Or, les sources existantes saisissent certains de ces cas en affirmant qu'une personne a manifesté une volonté, mais non celle d'être liée par son acceptation, si bien qu'il y aurait une réserve empêchant cette volonté d'être une offre¹. Plus précisément, elles s'appuient pour formuler cette idée sur un arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 mars 1990². En l'espèce, une société avait précisé,

Contrat, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 73 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Contrat : formation*, janv. 2019, n° 45 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 68 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 22 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 83 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 50 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 16 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1030 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 279 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 171 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 88 et 93 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 265 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 51 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 52 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 409 et s. ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 142 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 71 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 210 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 132 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 78 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 198.

¹ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 76 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 89 et s. ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 261 et s. ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 19 et s. ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-19 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 110 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 49 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 74 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 167 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 172 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 92 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 265 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 52 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 409 et s.

² Cass. com., 6 mars 1990, n° 88-12.477 : Bull. civ. IV, n° 74 ; JCP 1990, II, 21583, note B. Gross ; RTD civ. 1990, p. 462, obs. J. Mestre ; RTD com. 1990, p. 627, obs. B. Bouloc ; D. 1991, somm. p. 317, obs. J.-L. Aubert ; Defrénois, 30 mars 1991 n° 6, p. 356, obs. J.-L. Aubert.

dans ses bons de commande, que ses « offres » ne devenaient définitives et un engagement qu'après « ratification » de sa part, et que toute commande ne serait considérée comme ferme qu'après « acceptation » par elle. C'est ainsi que M. X commanda du matériel à cette société, mais retira sa commande avant son acceptation par celle-ci et réclama en justice le remboursement de l'avance qu'il avait versée. Or, les juges de cassation affirmèrent que par son adhésion à la proposition du bon de commande, M. X n'avait formulé qu'une offre d'achat, révocable comme telle jusqu'à ce que la vente devienne parfaite par l'acceptation du vendeur. En réalité, la volonté manifestée par la société dans ses bons de commandes constituait une volonté de recevoir un consentement complet, qui est un des instruments précontractuels¹. Ainsi, cette volonté n'est pas une offre, non en vertu d'une quelconque réserve, mais parce qu'elle ne tend pas vers la production d'un effet de conclusion.

Par ailleurs, les sources existantes, dont l'article 1114 du Code civil, désignent cette volonté manquant de fermeté faute de volonté d'être lié, par la notion d'invitation à entrer en pourparlers ou négociations². Néanmoins, il ne faut pas utiliser cette notion, car celle-ci désigne l'ensemble des hypothèses dans lesquelles une volonté ne peut constituer une offre en raison de l'absence d'au moins une de ses quatre conditions d'existence précitées. Or ces volontés sont des instruments précontractuels qui n'ont pas été conceptualisés³.

D'autre part, des volontés ne constituent pas une offre selon les sources existantes en raison de la présence d'une réserve les privant de leur fermeté, alors que pour nous elles ne peuvent être qualifiées d'offre parce qu'elles ne sont pas complètes.

Principalement, ce sont les cas dans lesquels la qualification d'offre est refusée à une volonté contenant une réserve d'agrément, laquelle existe selon la doctrine lorsqu'une personne manifeste la volonté de contracter tout en souhaitant constater l'existence d'une qualité chez

¹ Voir ci-dessus n° 106.

² J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 6 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 90 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 261 et s. ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 20 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-19 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 110 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 57 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 465 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 74 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 60 et s. ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 165 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 200 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 15 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 279 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 171 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 51 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 52 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 409 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 143 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 71 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 78.

³ Voir ci-dessus la première partie.

son cocontractant éventuel avant de conclure le contrat¹. En d'autres termes, cette réserve existe dans les contrats conclus *intuitu personae*, qui ne sont conclus qu'après agrément de la personne du futur cocontractant. Néanmoins, si la volonté de contracter n'est pas une offre, ce n'est pas en raison d'une prétendue absence de fermeté résultant d'une prétendue réserve d'agrément, mais parce qu'elle est incomplète. En effet, l'auteur de la volonté de contracter souhaite constater l'existence d'une qualité chez son cocontractant éventuel, en ce sens qu'il veut faire de cette qualité un élément concret essentiel à la complétude. Toutefois, étant donné que cette personne manifeste sa volonté de contracter en voulant faire de cette qualité un élément concret essentiel à la complétude et ne connaît pas encore son futur cocontractant, cette volonté est incomplète parce que celle-ci ne comporte pas encore cet élément.

Parallèlement, une autre prétendue réserve privant la volonté de contracter de la qualification d'offre est celle qui indique que le prix de vente est à débattre, sans que ce dernier ne soit déterminé². De fait, ici la volonté de contracter est aussi incomplète, car elle ne comporte pas le prix, élément concret essentiel à la complétude du consentement à la vente.

193. Les réserves n'excluant pas la fermeté. Lorsque les sources existantes considèrent qu'une volonté comporte une réserve qui ne l'empêche pas d'être ferme et qualifiée d'offre, cette prétendue réserve n'est selon nous qu'un mécanisme classique de la théorie des obligations imparfaitement qualifié, qui concerne l'effet ou l'existence de l'offre.

¹ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 35 et s. ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 42 et 142 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 43 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 109 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 89 et s. ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 133 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 72 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V^o *Consentement*, avr. 2007, n° 91 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 20 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 261 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 110 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 847 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-19 et s. ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 69 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 57 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 119 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 135 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 249 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 466 ; B. Fages, *Droit des obligations*, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 74 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{er} éd., 2015, n° 143 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 167 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 73 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 201 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 68 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 22 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 50 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 282 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 172 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 89 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 265 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 51 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 410 et s. ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 143 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 71 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 210 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 132 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 78 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 198.

² M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 262 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 171 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 410.

D'une part, sous couvert de prétendues réserves, il existe parfois des conditions ou des termes suspensifs de l'effet de conclusion essentiel à l'offre.

De fait, une personne peut manifester une volonté de produire un effet de conclusion, suspendu jusqu'à la survenance d'un événement incertain. Par exemple, un constructeur automobile peut manifester une volonté de conclure un contrat avec un concessionnaire sous réserve que ce dernier cesse la représentation d'une autre marque : cette volonté a été jugée comme une offre sous condition par la Cour de cassation, dans un arrêt du 4 juin 1980¹. Or, la doctrine a aussi considéré qu'existait ici une volonté de contracter avec une réserve n'empêchant pas la qualification d'offre². En réalité, c'est une condition suspensive de l'effet de conclusion du contrat. Par ailleurs, cette condition suspensive peut être tout événement futur et incertain, mais il faut bien distinguer la condition suspensive de l'effet de conclusion de l'offre et celle suspensive des obligations du contrat offert. Par exemple dans le cadre d'une offre de crédit, sous réserve de l'acceptation à l'assurance des emprunteurs, la jurisprudence considère justement que l'offre existe³, comme la doctrine⁴ ; cependant, nous pensons que l'effet de conclusion de l'offre est suspendu par la condition d'acceptation des emprunteurs à l'assurance, avant laquelle le contrat de prêt n'est pas formé.

Symétriquement, l'effet de conclusion de l'offre peut être suspendu jusqu'à la survenance d'un terme, entendu comme événement futur et certain, sans qu'une réserve n'existe.

D'autre part, sous couvert de réserves sont parfois désignés les mécanismes de modification, de révocation ou d'anéantissement de l'offre.

Primo, il est des volontés de contracter manifestées sous réserve de la faculté d'en modifier un élément, notamment le prix. Selon certains auteurs, il n'y aurait pas d'offre ici⁵, alors que pour

¹ Cass. com., 4 juin 1980, n° 78-14.745 - Bull. civ. IV, n° 204.

² P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 95 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-23 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 110 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 25 et 26.

³ Cass. 3^e civ., 23 juin 2010, n° 09-15.963 : Bull. civ. III, n° 133 ; RTD com. 2010, p. 765, obs. D. Legeais ; RTD civ. 2010, p. 551, obs. B. Fages ; *Contrats, conc. consom.* 2010, n° 221, note L. Leveneur ; JCP N 2010, n° 1320, note S. Piedelièvre ; RDC 2011, p. 131, obs. D. Fenouillet.

⁴ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 21 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-19 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 847 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 74 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 68 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 26 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 265 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 143 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 78.

⁵ G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 109 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 20 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 249 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 24 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 210 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 198.

d'autres il existe bien une offre¹. Or, ici l'auteur de la volonté de contracter ne fait qu'évoquer la faculté qu'il a de modifier l'offre qui résulte de la liberté. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de rappeler cette faculté dans la volonté de contracter, afin de pouvoir modifier l'offre et sous couvert de réserve, il n'y a que le rappel de cette faculté.

Secundo, l'auteur d'une volonté de contracter complète rappelle parfois la possibilité qu'il se réserve de se rétracter. Or, il a été affirmé que la volonté de contracter n'est pas ferme en raison de cette réserve². Pourtant, l'auteur de la volonté de contracter complète fait bien une offre, en rappelant la possibilité qu'il a de révoquer cet acte unilatéral, sans aucune réserve.

Tertio, l'auteur d'une volonté de contracter complète y insère parfois une réserve ayant pour effet de faire disparaître cette volonté lors de la survenance d'un événement futur et incertain. Par exemple, c'est le cas de la réserve d'épuisement des stocks qui n'empêche pas la volonté d'être qualifiée d'offre selon la doctrine³. Néanmoins, il ne faut pas utiliser le terme de réserve ici, car il ne s'agit que d'une condition extinctive⁴.

Quarto, l'offre peut comporter un terme extinctif, qui ne doit pas être qualifié de réserve⁵.

Ainsi, la condition de fermeté excluant certaines réserves des volontés de contracter est exigée par les sources classiques, mais n'est pas une condition autonome. Il en va de même de la condition de non-équivocité de la volonté, posée par quelques sources.

2. La non-équivocité de la volonté de contracter

194. Les analyses existantes. Dans un arrêt 18 juillet 1967⁶, la Cour de cassation posa

¹ B. Célice, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, th. Paris, 1965, LGDJ, 1968, n° 331 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 43 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 79.

² P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 89 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 465 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 279 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 210.

³ B. Célice, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, th. Paris, 1965, LGDJ, 1968, n° 331 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 44 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 109 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 73 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 72 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 94 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 262 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 21 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-23 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 110 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 847 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 49 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 134 et s. ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 143 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 74 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 167 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 68 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 26 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 50 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 172 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 91 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 265 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 410 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 143 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 78 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 198.

⁴ Voir ci-dessous n° 212 et 219.

⁵ Voir ci-dessous n° 218.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 18 juill. 1967, n° 65-14.384 ; Bull. civ. I, n° 268 ; RTD civ. 1968, p. 355, obs. J. Chevallier.

la condition de non-équivoque de la volonté de contracter afin que cette dernière constitue une offre. En l'espèce, M. Roulet fut victime d'un accident et sa compagnie d'assurance lui fit deux propositions de transaction qu'il reçut le même jour : l'une émanant de la direction générale et proposant une indemnité de 50000 francs, l'autre d'un agent à Marseille, d'un montant de 18584 francs. Or, il accepta celle de 50000 francs, puis la compagnie d'assurance considéra en justice qu'il ne pouvait pas accepter cette offre. Finalement la Cour de cassation affirma que pour lier le pollicitant et permettre la formation du contrat, l'offre devait ne pas être équivoque, mais qu'ici, il y avait équivocité en présence de l'envoi de plusieurs offres inconciliables au destinataire, lequel ne pouvait lier l'offrant par un choix qui ne lui était pas concédé par ce dernier et qu'il ne lui appartenait pas d'opérer, si bien que le concours des volontés n'avait pas eu lieu et que le contrat n'avait pas été conclu.

Toutefois, nous ne souscrivons pas à cette solution, car en proposant chacun une transaction d'un montant différent, sans savoir qu'un autre représentant en avait proposé ou en proposerait une différente, les deux représentants de la compagnie d'assurance avaient bien manifesté chacun une volonté de contracter complète et antérieure à toute volonté identique de l'assuré. En conséquence, chacune des propositions était une offre. Par ailleurs, étant donné que chacune des deux offres avait été créée dans l'ignorance de l'existence de l'autre, il était impossible de présumer à partir de la seconde de ces deux offres, la volonté de révoquer la première. Dès lors, il existait bien deux offres et leur destinataire pouvait accepter l'une ou l'autre, donc la Cour de cassation élaborait un raisonnement faible au profit de la partie forte, alors qu'un contrat de transaction d'un montant de 50000 francs avait bien été formé.

Pourtant, cette décision a été approuvée par la doctrine, qui la cite classiquement pour illustrer la prétendue condition autonome de non-équivoque de la volonté¹, un manque de fermeté de la volonté², ou de précision et de fermeté de la volonté³. Plus récemment, plusieurs auteurs exigeaient avant la réforme de 2016, au titre des conditions d'existence de l'offre, la non-équivoque de la volonté de contracter⁴. Or, cette réforme et la doctrine reprennent cette condition, car l'alinéa 2 de l'article 1113 du Code civil affirme que la volonté de contracter

¹ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 22.

² P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 96 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-23 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 142 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 20 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 142.

³ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 110 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 167.

⁴ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 136 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 109 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 66 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 22 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 742.

peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque¹.

195. L'analyse proposée. Cette non-équivocité n'est pas une condition d'existence de l'offre qui serait autonome par rapport aux quatre conditions précitées, car c'est pour chacune de ces quatre conditions que peut exister une équivocité qui fait obstacle à l'existence de l'offre, non pour irrespect d'une prétendue condition de non-équivocité, mais en raison de l'absence d'une de ces quatre conditions.

Premièrement, il peut exister une équivocité sur la manifestation de la volonté de contracter lorsqu'aucune preuve directe de cette manifestation n'est apportée, auquel cas il faut la prouver indirectement par présomption, ce qui n'est pas possible sans fait permettant d'induire sans équivocité l'existence d'une manifestation de volonté de contracter.

Deuxièmement, une équivocité peut exister sur le point de savoir si une volonté tend vers la production d'un effet de conclusion. Dans ce cas, il ne faut pas retenir l'existence d'une offre, sauf à porter une grave atteinte à la liberté contractuelle et à dénaturer la volonté individuelle, en imposant une offre dans un cas où elle est douteuse.

Troisièmement, l'équivocité peut toucher la complétude de la volonté de contracter, lorsqu'il n'est pas certain que cette volonté contienne les effets abstraits et leurs éléments concrets essentiels à la complétude, si bien qu'il n'existe pas d'offre à cause de l'incomplétude de la volonté de contracter, et non en raison d'une condition de non-équivocité.

Quatrièmement, l'équivocité peut porter sur l'antériorité de la volonté de contracter, mais alors cela ne fait obstacle qu'à l'existence d'une offre, non à celle d'une acceptation.

Ainsi, fermeté comme non-équivocité ne sont pas selon nous des conditions d'existence de l'offre autonomes par rapport aux quatre conditions de son existence qui ont été développées. Parallèlement, la notification et de la détermination du destinataire de cette volonté ne sont généralement pas exigées à raison.

B. La notification et la destination de la volonté de contracter

196. Les sources classiques n'exigent pas, afin qu'existe une offre, que la volonté de contracter soit notifiée à autrui (1) et que son destinataire soit déterminé (2).

1. La notification de la volonté de contracter

197. Quelques auteurs posaient cette notification de la volonté de contracter comme

¹ P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 73 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1030 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 265 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 53.

condition d'existence de l'offre avant la réforme de 2016¹, après laquelle des auteurs se sont interrogés sur le point de savoir si la réception de l'offre est nécessaire à son existence². Or, l'explication de ce silence majoritaire se trouve certainement dans le fait que l'extériorisation de la volonté n'est pas bien distinguée de sa notification. Pourtant, l'extériorisation d'une volonté de contracter n'emporte pas forcément sa notification, c'est-à-dire qu'elle ne la porte pas nécessairement à la connaissance d'autrui. Ainsi, la notification effective de la volonté de contracter complète à autrui n'est pas une condition d'existence de l'offre. En effet, l'offre est un acte juridique unilatéral, avec pour effet essentiel, un effet de conclusion. Comme tout acte juridique unilatéral, elle existe dès lors qu'une volonté complète de produire l'effet de conclusion est manifestée. Néanmoins, la notification de cette volonté n'est pas une condition d'existence de l'acte juridique unilatéral en général, si bien qu'en particulier, sans précision expresse du législateur, elle ne peut être érigée au rang de condition d'existence de l'acte unilatéral d'offre. La détermination de l'identité du destinataire de l'offre est plus complexe.

2. La destination de la volonté de contracter

198. Les analyses existantes. Pour l'existence de l'offre, les sources sont d'accord sur l'indifférence à la détermination du destinataire de la volonté de contracter, même si la terminologie utilisée est hétérogène.

Au plan sémantique, les auteurs opposent les offres à personne déterminée et celles à personne indéterminée³, qui constituent des expressions figurant à l'article 1114 du Code civil, les offres au public ou à personne déterminée⁴, les offres à personne précise ou au

¹ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 136 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 553 ter ; M. Durma, *La notification de la volonté*, th. Paris, 1930, n° 90 et 91 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 31 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 841 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 138.

² O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 121 et s. ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 40.

³ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 133 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 225 et s. ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 552 bis ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 31 ; P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La doc. fr., 2006, art. 1105-1 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 23 ; F. Terré, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008, art. 15 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-29 et s. ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 742 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 125 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 146 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 61 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 201 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 70 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 146 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1031 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 407 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 77 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 200.

⁴ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 2^e éd., 1902, n° 971 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 35 ; L. Jossierand, *Cours de droit civil positif*, t. 2, 3^e éd., Sirey, 1939, n° 44 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 40 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 31 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 131 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 101 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept.

public¹, les offres à destinataire déterminé ou indéterminé²; sont aussi utilisées les expressions d'offre collective³, ou d'offre publique⁴.

Au plan du fond, la doctrine précitée, la jurisprudence antérieure à la réforme de 2016 et cette dernière, avec l'article 1114 du Code civil, considèrent que la détermination de cette destination est indifférente à l'existence de l'offre. D'une part, la Cour de cassation affirma que l'offre faite au public liait le pollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée⁵, mais aussi que l'offre faite par voie de presse, sans restriction ni réserve, engageait, tant qu'elle n'avait pas été retirée, son auteur à l'égard du premier acceptant⁶. D'autre part, les auteurs sont d'accord sur le fait que la détermination de l'identité du destinataire de l'offre ne soit pas nécessaire à l'existence de l'offre⁷, tout en précisant que la volonté de conclure un contrat *intuitu personae* manifestée

2012, n° 23 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 841 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 114 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 71 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 125 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 245 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 138 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, p. 280 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 73 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 468 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 171 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-101 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 75 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 22 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 50 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 28 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 282 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 175 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 96 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 266 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 407 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 206 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 133 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 78.

¹ A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 58 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 71.

² J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 114 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 245 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 742 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 53.

³ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 72 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 23.

⁴ A. Vialard, *L'offre publique de contrat*, RTD civ. 1971, p. 750 et s.

⁵ Cass. 3^e civ., 28 nov. 1968 : Bull. civ. III, n° 507 ; JCP G 1969, II, 15797 ; Gaz. Pal. 1969, I, 95 ; RTD civ. 1969, p. 348, obs. G. Cornu ; RTD civ. 1969, p. 555, obs. Y. Loussouarn ; Cass. 3^e civ., 12 févr. 1975, n° 73-14.407 ; Bull. civ. III, n° 60.

⁶ Cass. 3^e civ., 13 juin 1972, n° 71-11.455 - Bull. civ. III, n° 392.

⁷ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 31 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 131 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 72 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 102 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 23 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-30 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 114 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 125 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 245 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 138 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 742 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 71 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 58 ; B. Fages, *Droit des obligations*, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 73 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 468 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 75 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 28 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 282 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 266 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 71 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 210 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 77.

sans destinataire indéterminé ne constitue pas une offre en raison d'une réserve d'agrément¹.

199. L'analyse proposée. Nous pensons que l'identité du destinataire de l'offre doit être déterminable par renvoi à l'acceptation si elle n'est pas déterminée par l'offre.

De façon générale, un contrat crée des effets juridiques, qui peuvent être des obligations ou non. Or, une obligation est un lien de droit entre deux personnes, donc elle ne peut exister que si son créancier et son débiteur sont identifiés. Ainsi, une volonté de contracter ne peut être précise ou complète et constituer une offre que si elle détermine le rôle de l'offrant dans le contrat : elle doit donc déterminer si l'offrant sera créancier ou débiteur de chaque effet abstrait essentiel à la complétude, ce qui permet de déterminer si l'acceptant sera créancier ou débiteur de chaque effet abstrait essentiel à la complétude. De plus, l'offre doit identifier l'offrant, soit par son identité civile ou commerciale, soit par tout élément permettant de retrouver cette identité, comme un numéro de téléphone, un numéro Siren ou un pseudonyme sur un site internet par exemple ; sinon en fait et en droit il est impossible de savoir de qui provient l'offre et avec qui l'acceptant potentiel contractera. Dès lors, il faut aussi que l'identité de l'acceptant soit déterminée ou rendue déterminable par l'offre afin que l'acceptation soit identique à cette offre. De fait, deux consentements ne peuvent former un contrat que s'ils sont identiquement complets, en ce sens qu'ils décrivent identiquement le contenu du contrat projeté. Par suite, l'offre à personne déterminée de l'article 1114 est un consentement complet comportant l'identité de l'acceptant et l'offre à personne indéterminée est un consentement complet ne déterminant pas elle-même l'identité de l'acceptant mais la rendant déterminable par renvoi à l'acceptation. Dans ce cas il est possible de soutenir que l'offre et l'acceptation sont identiques. Toutefois, il faut bien distinguer, d'une part, l'élément concret légalement essentiel à la complétude qu'est l'identité de chaque partie au contrat et qui est un aspect de l'effet ou des effets abstraits essentiels à la complétude se situant à chaque extrémité de ces effets, et d'autre part, l'élément concret volontairement essentiel à la complétude qu'est la qualité d'une partie et qui est un aspect d'un effet abstrait essentiel à la complétude d'un contrat *intuitu personae*.

En particulier, si l'offre doit contenir une obligation de ne pas l'anéantir, il est indispensable que la volonté manifestée détermine l'identité du destinataire de l'offre et créancier de cette obligation, laquelle ne peut exister sans créancier identifié.

Ainsi, les conditions d'existence de l'offre découlent de sa nature juridique, laquelle

¹ Voir ci-dessus n° 73.

permet de déterminer précisément son régime juridique.

Chapitre II. Le régime de l'offre

200. L'offre a un régime traversé par une opposition entre la liberté et la sécurité. La liberté est forte dans les cas très majoritaires dans lesquels l'offre ne contient pas son effet accessoire qu'est l'obligation de ne pas l'anéantir insérée en celle-ci par la volonté de l'offrant. La sécurité est forte dans les cas très minoritaires dans lesquels l'offrant a inséré cette obligation de non-anéantissement dans l'offre lors de sa création. Or, ce régime pose le problème central de la volonté de l'offrant de révoquer son offre, traité par les articles 1115 et 1116 du Code civil (**Section II**), mais aussi d'autres problèmes (**Section I**).

Section I. Le régime de l'offre hors de la manifestation de volonté de la révoquer

201. En dehors de la révocation, le régime de l'offre regroupe des problèmes relatifs à la création et aux effets de celle-ci qui ne sont pas traités spécialement par le Code civil (**I**), mais aussi aux divers cas d'extinction anormale de l'offre qui sont pour certains régis par l'article 1117 de ce code (**II**).

I. La création et les effets de l'offre hors de sa révocation

202. Les articles 1113 à 1117 du Code civil ne traitent pas spécialement la création de l'offre (**A**) et les effets créés par celle-ci (**B**).

A. La création de l'offre

203. La création de l'offre est libre mais encadrée par des règles qui sont liées (**1**) ou non (**2**) à sa nature d'acte juridique unilatéral.

1. L'encadrement de la création de l'offre lié à sa nature d'acte juridique

204 Les conditions de preuve de l'offre. Les sources relatives à la preuve des actes juridiques en général et à l'offre en particulier étudient cette preuve en se focalisant sur le contrat et non sur l'offre, à l'exception de la thèse d'Aubert¹, qui exigeait une preuve écrite de l'offre. Or, il faut étudier le principe et les limites de la preuve par écrit de l'offre.

En premier lieu, l'article 1359 du Code civil reprend l'exigence d'une preuve écrite des actes juridiques portant sur une valeur excédant 1500 euros. Or, cet écrit peut être authentique

¹ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 254 et 269.

ou sous signature privée. Ainsi, l'offre d'un contrat portant sur plus de 1500 euros doit être prouvée par écrit, d'abord parce qu'elle est un acte juridique unilatéral et ensuite car elle est le consentement à un contrat. Dès lors, l'écrit est très intéressant en pratique, car il permet de préciser le contenu de l'offre, c'est-à-dire les effets abstraits et leurs éléments concrets essentiels à la complétude de la volonté. Concrètement, selon l'article 1367 du Code civil, la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur et manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte : l'offre existe lorsque la signature de l'écrit est apposée par une première partie et l'acceptation est la signature de l'autre partie, apposée immédiatement après la première, ou plus tard.

Premièrement, cette exigence d'une preuve écrite des actes juridiques présente une unité, qui est d'exiger un écrit, ce qui exclut en principe tout autre mode de preuve, dont toute reconnaissance d'une offre tacite de contrat entrant dans son champ, car une offre tacite est une présomption de consentement exclue de ce champ.

Deuxièmement, cette exigence d'une preuve écrite des actes juridiques comporte une dualité. D'une part, s'il est recouru à l'acte authentique afin de créer une offre, cette dernière existe dès la signature de la première partie au contrat, alors que l'acceptation sera donnée par signature, souvent immédiatement après cette offre, ou exceptionnellement plus tard. D'autre part, s'il est recouru à l'acte sous signature privée pour créer une offre, il faut distinguer deux cas. Dans le premier cas, si c'est une offre de contrat synallagmatique, l'article 1375 du Code civil exige autant d'écrits que de personnes ayant un intérêt distinct, donc l'offrant doit manifester son consentement dans des écrits en nombre équivalent à celui des personnes ayant un intérêt distinct. Dans le second cas, c'est une offre d'un contrat unilatéral : l'article 1376 du Code civil exige une mention manuscrite de la part du débiteur, apposée sur l'offre si cette dernière est l'œuvre de ce débiteur.

En second lieu, le principe de l'exigence d'un écrit comporte des limites.

Premièrement, ce principe est cantonné à la preuve des actes juridiques supérieurs à 1500 euros entre leurs parties non commerçantes. Par conséquent, pour les actes juridiques inférieurs à 1500 euros, pour les tiers au contrat, ou pour une partie contre une partie commerçante, la preuve de l'offre est libre et peut être réalisée notamment par présomption, c'est-à-dire que l'offre peut être ici tacite, présumée.

Deuxièmement, ce principe comporte des exceptions textuelles et conventionnelles.

D'une part, les exceptions textuelles sont classiques. D'abord, selon l'article 1360 du Code

civil, les actes juridiques supérieurs à 1500 euros peuvent être prouvés par tout moyen dans trois cas ; les deux premiers existent lors de la création de l'offre, soit parce qu'il existait une impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit pour l'offre, soit étant donné que l'usage était de ne pas établir d'écrit pour l'offre ; le troisième cas est postérieur à l'offre puisqu'il vise l'écrit perdu par force majeure. En outre, selon l'article 1361 du Code civil, la preuve des actes juridiques supérieurs à 1500 euros peut être réalisée par un aveu judiciaire, par un serment décisoire, ou par un commencement de preuve par écrit, complété par un autre moyen de preuve. Dès lors, dans tous ces cas, il y a une place pour les présomptions ; autrement dit l'offre tacite est possible, en ce sens que l'offre peut être présumée.

D'autre part, les exceptions conventionnelles sont mentionnées par une partie des sources doctrinales, antérieures¹, ou postérieures², à l'ordonnance du 10 février 2016, qui les a reconnues à l'article 1356 du Code civil. Or, nous pensons que ces contrats sont de deux types très différents. D'un côté, afin d'écartier les exigences textuelles, il faut conclure un contrat avec pour effet juridique, l'exclusion de celles-ci. De l'autre, pour imposer plus que les exigences textuelles, il est fait recours aux promesses unilatérale et synallagmatique de contrat projetant un consentement, créatrices d'obligations de notification de consentement complet avec une forme déterminée, dont l'inexécution est ici sanctionnée contractuellement par l'absence de preuve du contrat.

205. Les conditions de validité de l'offre. L'offre doit respecter les conditions générales de validité du contrat, mais aussi des conditions de validité propres à elle.

De façon générale, il est impossible et inopportun d'étudier l'application de l'ensemble des conditions de validité des actes juridiques à l'offre, donc seules les conditions de validité formelle doivent être évoquées ici. En effet, les contrats en général et l'offre en particulier ne sont pas soumis en principe à des conditions de forme au titre de leur validité, en vertu du principe du consensualisme, qui figure aujourd'hui à l'alinéa 1^{er} de l'article 1172 du Code civil et qui comporte des exceptions en nombre sans cesse croissant depuis 1804.

D'abord, la présentation commune du principe du consensualisme semble incomplète. En effet, la doctrine affirme souvent qu'en vertu de ce principe, les contrats ne sont soumis à aucune condition de forme au titre de leur validité. Pourtant, l'alinéa 2 de cet article 1172

¹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 161 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 112 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 565 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 127.

² *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, p. 157 et s. ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 14^e éd., 2017, n° 384 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 132 ; B. Fages, *Droit des*

mentionne l'exception des contrats solennels dont la validité est subordonnée au recours à une forme, alors que l'alinéa 3 de celui-ci évoque les contrats réels, dont la conclusion exige une forme qui est la remise de la chose. Ainsi, le principe du consensualisme signifie que la manifestation des consentements peut se réaliser par un moyen d'extériorisation quelconque, sans qu'aucun ne soit imposé, soit au titre de la conclusion au sens strict du contrat, c'est-à-dire de son existence, soit au titre de la validité de ce dernier.

Ensuite, n'emporte pas l'adhésion la présentation du principe du consensualisme et de son exception que sont les contrats solennels, qui est adoptée par certains auteurs¹, selon lesquels les contrats consensuels sont formés par le seul échange des consentements, au contraire des contrats solennels dont la conclusion exigerait en plus de cet échange, de recourir à une forme. En effet, en dehors des contrats légaux ou judiciaires, le contrat est toujours formé par la seule rencontre des consentements. Cependant, pour les contrats consensuels, l'extériorisation du consentement de chaque partie peut se réaliser par tout moyen, alors que pour les contrats solennels, cette extériorisation exige de recourir à une forme, qui n'intervient pas en plus de l'échange des consentements, mais sert de moyen de manifestation de chacun des consentements, avant leur rencontre. Par ailleurs, cette forme, ce formalisme servant à l'extériorisation de chacun des consentements est à distinguer des formalités d'enregistrement ou de publicité foncière, qui ne servent pas de vecteur de manifestation de chacun des consentements et qui jouent des rôles divers après cette manifestation : l'opposabilité pour la publicité foncière fusionnée ou non avec l'enregistrement, le rôle de condition de validité pour l'enregistrement de l'article 1589-2 du Code civil, ou le rôle de formalité librement utilisée sans être une de ces conditions.

En particulier, l'offre peut être soumise à des conditions de validité propres à elle, lesquelles peuvent concerner notamment sa forme² : le droit de la consommation en contient¹.

obligations, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 131.

¹ A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 174 et s. ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 1 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 282 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 673 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 125 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 120 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 535 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2016, p. 44 ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 139 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, p. 55 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 3 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 235 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 952 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 316 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 391 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 124.

² C. Larroumet et S. Bros, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 242 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*,

Ainsi, l'encadrement de la création de l'offre s'opère par des règles liées à sa nature d'acte juridique qui ne figurent pas aux articles 1113 et suivants du Code civil ; il s'opère aussi par des règles non liées à cette nature et étrangères à ces articles.

2. L'encadrement de la création de l'offre non lié à sa nature d'acte juridique

206. Les fautes. La non-création et la création de l'offre sont en principe libres en vertu de la liberté contractuelle consacrée par l'article 1102 du Code civil, qui est avant tout la liberté de manifester ou de ne pas manifester un consentement complet à un contrat. Cependant, les diverses sources n'étudient guère la création ou la non-création d'offre constituant une faute extracontractuelle.

En premier lieu, certes l'offre est toujours un acte juridique unilatéral, avec pour effet essentiel, un effet de conclusion. Toutefois, l'offre est une manifestation d'un consentement complet qui peut simultanément constituer dans quelques cas, une faute civile délictuelle, voire une infraction pénale, sans perdre sa nature d'acte juridique unilatéral.

D'abord, certaines offres constituent à la fois une infraction pénale et une faute civile extracontractuelle. Par exemple, l'offre de contrat de prostitution est une contravention selon l'article 611-1 du Code pénal, et même un délit lorsqu'elle est faite à personne vulnérable en vertu de l'article 225-12-1 de celui-ci, donc elle est un comportement contraire à celui d'un standard, c'est-à-dire une faute extracontractuelle au plan du droit civil.

Ensuite, les développements doctrinaux relatifs à l'offre évoquent la création d'une offre constituant une faute civile délictuelle qui est l'offre de vente de la chose d'autrui².

Enfin, parmi les manifestations de volontés dans les espèces jurisprudentielles mentionnées classiquement dans la notion de pourparlers, figurent des offres, dont deux séries sont fautives. La première regroupe les offres créées sans la possibilité de contracter. Par exemple, une personne réalise une offre d'achat du capital d'une société en cachant une impossibilité de payer seule sans prêt³, ou une offre de bail qu'elle ne peut valablement conclure⁴. La deuxième série englobe les offres réalisées sans avoir la volonté sérieuse de conclure le

Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 145 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 203 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 145.

¹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 111 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 126.

² I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 17.

³ Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1998, n° 95-19.199 : Bull. civ. I, n° 7 ; Dr. et patr. 1998, n° 59, p. 92, obs. P. Chauvel ; Defrénois 1998, art. 36815, note D. Mazeaud ; JCP G 1998, II, n° 10066, note B. Fages.

⁴ Cass. 3^e civ., 18 déc. 2012, n° 11-28.251 : Inédit ; RTD civ. 2013, p. 109, obs. B. Fages.

contrat proposé. Par exemple, une offre de vente d'une parcelle est créée à un prix manifestement surévalué et motivée par la volonté de ne pas conclure le contrat avec le destinataire et de le conclure avec un tiers¹. D'autres exemples existent : une personne fait une offre pour dissuader son destinataire de négocier avec autrui², pour obtenir révélation de secrets³, à la légère⁴, ou en rédigeant mal cette offre ce qui empêche son acceptation rapide⁵. En revanche, n'est pas fautive l'offre faite à un tiers en parallèle à des négociations⁶.

En second lieu, la jurisprudence rattachée classiquement aux pourparlers donne des exemples de non-crétion fautive d'une d'offre. Ainsi, furent qualifiées de faute civile délictuelle, l'absence de signature par un notaire d'un projet de cession d'office en raison de l'existence d'une prétendue relation du cessionnaire avec une domestique⁷, l'absence de création d'une offre par une société chargée de la distribution exclusive de machines américaines en France pour une autre entité laquelle avait demandé des informations pour acheter une de ces machines que leur fabricant américain avait envoyées à cette première société⁸, et l'absence de signature d'une cession d'actions héritées par des héritiers ne s'étant pas présentés pour conclure sans explication¹.

207. Les préjudices. La création et la non-crétion fautives de l'offre causent plus de préjudices que ceux causés par sa révocation.

D'abord, les préjudices en lien de causalité avec la création fautive de l'offre englobent les dépenses de réception et d'étude de l'offre créée, mais aussi les dépenses engagées pour l'exécution du contrat proposé et les pertes inhérentes aux modifications de sa situation juridique par le destinataire de l'offre à la suite de la réception, comme par exemple les frais de résiliation d'un bail ou d'une démission. Néanmoins, la faute du destinataire de l'offre, qui a engagé des dépenses sans accepter cette dernière, peut lui être opposée afin d'atténuer la responsabilité de l'offrant.

Ensuite, les préjudices en lien de causalité avec la non-crétion fautive de l'offre englobent les frais liés à l'organisation matérielle de la conclusion qui n'est pas intervenue.

Aussi, les préjudices en lien de causalité avec la création et la non-crétion fautives de l'offre

¹ Cass. 2^e civ., 4 juin 1997, n° 95-10.574 : Inédit ; RTD civ. 1997, p. 921, obs. J. Mestre.

² *Lamy Droit du contrat*, oct. 2013, n° 105-35.

³ *Lamy Droit du contrat*, oct. 2013, n° 105-35.

⁴ J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 140.

⁵ CA Bordeaux, 17 janv. 1870, S. 1870, 2, p. 219.

⁶ *Lamy Droit du contrat*, oct. 2013, n° 105-41.

⁷ CA Rennes, 8 juill. 1929 ; DH 1929, p. 548.

⁸ Cass. com., 20 mars 1972, n° 70-14.154 : Bull. civ. IV, n° 93 ; RTD civ. 1972, p. 779, obs. G. Durry ; JCP G, 1973, II, 17543, note J. Schmidt.

englobent le préjudice de déception causé par cette création ou non-crétion.

En revanche, ils n'incluent pas le fait de ne pas obtenir les avantages attendus de l'exécution du contrat visé par l'offre, ou la perte de chance de conclure et d'obtenir le gain inhérent à l'exécution de ce contrat. En effet, la conclusion du contrat par acceptation de l'offre est purement éventuelle, en vertu de la liberté de l'offrant de révoquer son offre et de la liberté de son destinataire de l'accepter ou non, donc l'exécution est aussi purement éventuelle et ces avantages sont purement éventuels. Par suite, le fait de ne pas obtenir ces gains n'est pas un préjudice certain, sous l'angle de la perte éprouvée qui n'existe pas en l'absence d'amoindrissement pécuniaire, ou sur le plan du gain manqué puisque le gain est purement éventuel. Symétriquement, les chances d'obtenir la conclusion comme l'exécution du contrat offert sont purement éventuelles, donc les pertes de ces chances ne sont pas des préjudices certains. Pour finir, le raisonnement est le même pour les pertes de chance de conclure et d'obtenir l'exécution d'un contrat avec un tiers.

Ainsi, les articles 1113 à 1117 ne traitent pas de l'encadrement de la création de l'offre ; les effets produits par cette dernière ne sont pas non plus évoqués par eux.

B. Les effets de l'offre

208. Les articles 1113 à 1117 du Code civil n'évoquent pas la modification des effets de l'offre (1) et la production de ceux-ci (2).

1. La modification des effets de l'offre

209. Les analyses existantes. La modification de l'offre est peu traitée.

Avant la réforme de 2016, un arrêt de la cour d'appel de Caen, rendu le 20 avril 2006, attira l'attention². Or, pour un auteur, la modification d'une offre n'était pas impossible, mais en raison de ses motifs et de son ampleur, elle pouvait constituer une forme de rétractation engageant la responsabilité civile de l'offrant, car elle empêchait l'acceptation³.

Après la réforme de 2016, la question est évoquée par de rares auteurs soutenant que l'article 1116 du Code civil soit rend fautive⁴, interdit⁵, la modification de l'offre impliquant une rétractation de la première offre et son remplacement, soit exige de maintenir cette offre

¹ Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2000, n° 98-17.494 : Inédit ; RJDA 2000, n° 949.

² CA Caen, 1^{re} ch., sect. civile et commerciale, *SAS Prodim contre Société système U centrale régionale Nord-Ouest*.

³ B. Fages, *L'augmentation du prix de l'offre*, RTD civ. 2008, p. 102 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-41.

⁴ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 178.

⁵ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 48.

modifiée pendant le délai prévu ou le délai raisonnable de l'article 1116¹.

210. L'analyse proposée. Avant comme après l'ordonnance du 10 février 2016, il faut distinguer deux hypothèses de modification de l'offre, selon que l'offrant n'a pas ou a inséré dans cette dernière une obligation de ne pas l'anéantir.

Généralement, l'offre ne contient que son effet de conclusion. Par conséquent, en vertu de la liberté individuelle, l'offrant peut manifester la volonté de modifier son offre. En pratique, l'offrant peut supprimer, modifier ou ajouter un effet abstrait ou un élément concret essentiel à la complétude, avec deux limites.

Primo, cette modification de l'offre doit respecter les conditions d'existence, de preuve et de validité de l'offre à laquelle elle aboutit. En effet, même si la création d'une offre et la modification d'une offre sont techniquement différentes, il y a lieu d'appliquer les règles de la première à la seconde aboutissant à une autre offre, par analogie.

Secundo, cette modification peut engager la responsabilité extracontractuelle de son auteur, mais il faut distinguer deux faits susceptibles de constituer une faute.

D'une part, la modification de l'offre initiale, qui est une manifestation de volonté de produire un effet juridique de modification de l'offre, fait disparaître son contenu initial, sans être une révocation, qui est une manifestation de volonté de produire un effet juridique d'anéantissement de l'offre. C'est pourquoi, en l'absence de texte en ce sens, il est impossible de considérer que la modification d'une offre, en ce qu'elle fait disparaître le contenu initial, constitue une faute extracontractuelle, seulement en raison du fait qu'elle intervient avant l'expiration du délai fixé par l'offrant ou du délai raisonnable, durant lequel la révocation de l'offre constitue une faute extracontractuelle en vertu l'article 1116 du Code civil. Toutefois, le juge peut considérer au cas par cas que cette disparition du contenu initial de l'offre constitue une faute extracontractuelle. Ainsi, les préjudices en lien de causalité avec cette modification fautive sont rares : ils sont les préjudices de déception et d'atteinte à l'image.

D'autre part, la modification de l'offre fait apparaître un nouveau contenu et cette apparition peut constituer une faute extracontractuelle comme peut l'être la création d'une offre.

Exceptionnellement, l'offre contenait avant 2016 et contient depuis la réforme, son effet accessoire, qui est une obligation de ne pas l'anéantir. Or, dans ce cas, la sécurité du destinataire de l'offre est pleinement protégée, car en vertu du principe d'immutabilité unilatérale du contrat, appliqué par analogie à l'acte unilatéral obligatoire, la volonté

¹ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 225.

unilatérale de l'offrant de modifier l'offre est inefficace seule.

Ainsi, la modification de l'offre est une question qui peut se poser en pratique ; symétriquement la production des effets de l'offre n'est pas étudiée clairement.

2. La production des effets de l'offre

211. L'effet de conclusion. Cet effet essentiel à l'offre est contenu dans celle-ci dès sa création, mais sa production intervient à des moments divers et rend celle-ci caduque.

Généralement, avant la réforme de 2016, étant donné que le Code civil de 1804 ne déterminait pas la date de conclusion du contrat, ce dernier se formait lors de la manifestation de volonté de l'acceptant, laquelle produisait immédiatement son l'effet de conclusion et en même temps l'offre produisait son effet de conclusion. Cependant, lorsque le contrat comportait plus de deux parties, cet effet de conclusion était en principe produit par l'offre et chacune des acceptations lors de la manifestation du consentement du dernier acceptant. Parallèlement, depuis 2016, l'article 1121 du Code civil dispose que le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant, donc la production de l'effet de conclusion de l'offre est suspendue par une condition suspensive légale jusqu'à cette réception de l'acceptation.

Exceptionnellement, les techniques du terme suspensif et de la condition suspensive permettent à l'offrant de manifester sa volonté de contracter, tout en suspendant la production l'effet de conclusion de cette volonté, jusqu'à la survenance d'un événement respectivement certain ou incertain, pour ainsi se protéger contre une conclusion du contrat si cet événement n'a pas lieu. Par exemple, cet événement incertain peut être la prise de connaissance de l'acceptation, la résiliation d'un contrat antérieur, l'obtention d'un prêt, ou comme l'ont évoqué des auteurs, l'évolution du cours d'une ressource¹. À ce titre, cette condition suspensive a une nature différente de la condition suspensive d'une obligation d'un contrat conclu, car jusqu'à sa survenance, le contrat n'est pas conclu.

Parallèlement, de rares auteurs affirment, avant la réforme de 2016², comme après³, que l'offre devient caduque par son acceptation, ce qui est rejeté par un auteur⁴. Or, nous avons vu lors de l'étude des nombreuses définitions de la caducité, que celle-ci résulte de la disparition d'une des conditions d'existence ou de validité faisant obstacle à l'efficacité d'un acte

¹ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 140.

² B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 32 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 137 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-45.

³ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 154 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 205.

⁴ R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 236.

juridique. Par suite, l'offre est caduque lorsqu'elle produit son effet de conclusion et rencontre l'acceptation, car cet effet essentiel à l'offre s'éteint alors, et disparaît une condition d'existence de l'offre, qui est de contenir cet effet, ce qui empêche l'offre d'être efficace.

212. L'obligation de non-anéantissement. L'obligation de ne pas l'anéantir peut être insérée dans l'offre par l'offrant sans l'être nécessairement. À ce titre, elle doit être distinguée de l'obligation de maintien de l'offre pendant le délai fixé par l'offre, ou à défaut un délai raisonnable, qui est évoquée par le rapport sur l'ordonnance du 10 février 2016 : cette obligation de maintien est légale, donc n'est pas contenue dans l'offre et a en réalité la nature d'un devoir dont la violation constitue une faute civile extracontractuelle.

Généralement, cette obligation comporte un terme extinctif, qui doit être distingué du terme extinctif de l'effet de conclusion, lequel est à nos yeux le délai fixé par l'offrant, avant l'expiration duquel la révocation efficace de l'offre est fautive selon l'article 1116 du Code civil et à l'expiration duquel l'offre est caduque en vertu de l'article 1117 de ce dernier. Certes en pratique, les termes extinctifs de ces deux effets peuvent être le même événement, comme une date ou l'expiration d'un délai. Néanmoins, les termes extinctifs de ces deux effets peuvent être différents. Par exemple, l'offrant prévoit que l'obligation de ne pas anéantir l'offre s'éteindra au terme d'un délai de deux mois, mais que l'effet de conclusion ne disparaîtra avec l'offre qu'au terme d'un délai de cinq mois.

Plus rarement, cette obligation de ne pas anéantir l'offre peut s'éteindre lors de la survenance d'un événement à la survenance incertaine, constituant une condition extinctive de cette obligation, comme une variation déterminée de l'indice des prix de l'immobilier.

Ainsi, l'étude du régime de l'offre, en dehors de la volonté de révoquer celle-ci comporte d'abord les questions de sa création et de ses effets juridiques ; elle renvoie ensuite aux extinctions anormales de l'offre, c'est-à-dire différentes de celle par conclusion.

II. L'extinction anormale de l'offre hors de sa révocation

213. En dehors de la manifestation de volonté de révoquer l'offre, les extinctions anormales de celle-ci sont relatives à une manifestation de volonté (A) ou non (B).

A. L'extinction de l'offre sans révocation par un événement lié à une volonté

214. Hors de la révocation, se pose la question de l'influence sur l'offre d'événements liés à une volonté du destinataire (1) ou de l'offrant (2).

1. L'influence sur l'offre des événements constitués par une volonté du destinataire

215. Les analyses du refus de contracter. Selon la doctrine antérieure à la réforme de 2016, le refus de l'offre entraînait l'extinction¹, ou la caducité², de celle-ci, sauf lorsque l'offrant se ravisait et très peu de temps après avoir refusé l'offre l'acceptait³. En jurisprudence, des arrêts rattachés au refus étaient relatifs à la révocation⁴, d'autres laissaient penser à la survie de l'offre au refus de contracter⁵, mais un arrêt de la Cour de cassation du 6 janvier 2011 affirma que le refus de l'offre d'indemnisation faite par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux la rendait caduque⁶. Ainsi en dépit du silence de la réforme de 2016, des auteurs affirment que le refus de l'offre la rend caduque⁷, ou l'éteint⁸.

216. Les analyses de la contreproposition. La doctrine antérieure⁹, et postérieure¹⁰, à

¹ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 570 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 252 et 260 ; B. Fages, *Droit des obligations*, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 76.

² A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 129 et s. ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 42 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 163 et 164 ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 237 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V^o Consentement*, 2007, n° 162 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, n° 43 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 115 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 866 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-45 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 144 et 147 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 60.

³ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 471.

⁴ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 570 ; Cass. civ., 7 juill. 1858 : D. 1858, I, 330 ; Cass. req., 16 avr. 1861 : D. 1861, I, 433.

⁵ Cass. com., 6 déc. 1950 : Bull. civ. II, n° 372, p. 266 ; Cass. com., 22 avr. 1958 : Bull. civ. III, n° 160, p. 130.

⁶ Cass. 1^{er} civ., 6 janv. 2011, n° 09-71.201 : Bull. civ. I, n° 4.

⁷ B. Haftel, *La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, Gaz. Pal. 30 avr. 2015, n° 120, p. 8 et s. ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 139 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 181 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 218-1 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-103 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 73 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 59 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 74 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 210.

⁸ B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 80.

⁹ J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 104 ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 123 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 101 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 42 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 296 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 114 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 159 et s. ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 22^e éd., 2000, p. 73 ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 238 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V^o Consentement*, avr. 2007, n° 162 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 43 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 271 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-63 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 121 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 866 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 79 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 51 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 147 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 130 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 751 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 251 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 65 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 473 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 77 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{er} éd., 2015, n° 158.

¹⁰ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 183 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 225 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 43 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-111 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 83 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 23 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1046 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 78 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 287 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 158 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 77 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 264 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*,

la réforme de 2016 définit la notion de contreproposition comme toute volonté manifestée en réponse à l'offre et non identique à elle, en ce sens que celle-ci ne comporte pas les mêmes éléments essentiels au contrat. À ce titre, l'orthographe avec trait d'union peut être remplacée par celle de contreproposition, marquée par la soudure conformément à la réforme de l'orthographe de 1990¹. Or, il faut noter, comme d'autres², que l'article 1118 du Code civil affirme maladroitement que « l'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une nouvelle offre » ; de fait, si une volonté manifestée à la suite de l'offre est non conforme à cette dernière, elle n'est pas une acceptation, donc l'expression d'acceptation non conforme à l'offre est un oxymore. Aussi, la contreproposition est présentée comme une nouvelle offre et un refus de contracter inhérent à cette offre. Cependant, cette définition ne nous convainc pas. *Primo*, à la suite de l'offre, diverses volontés précontractuelles différentes de cette dernière peuvent être manifestées et ne constituent pas toujours une offre nouvelle : elles peuvent être un des instruments précontractuels se cachant derrière le bloc des pourparlers que nous avons conceptualisés et qui juridiquement ne peuvent être qualifiés de contrepropositions car elles constituent des instruments précontractuels ayant des qualifications et des régimes propres³. *Secundo*, les sources existantes considèrent que la contreproposition est un refus de contracter, mais ce dernier est une volonté de ne pas manifester un consentement complet, lequel doit être distingué des volontés précitées.

Parallèlement, la contreproposition éteignait et éteint l'offre pour les sources existantes. D'abord, même si l'inverse fut affirmé marginalement⁴, selon la doctrine antérieure à l'ordonnance de 2016, la contreproposition éteignait toujours l'offre initiale⁵, ou parfois si elle comportait un refus de contracter définitif⁶. Ensuite, dans la jurisprudence de la

LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 58 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 434 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 210.

¹ JO doc. adm. 1990 n° 100, 6 déc. 1990, p. 4 ; C. Fairon et A.-C. Simon, *Le petit bon usage de la langue française d'après l'œuvre de Maurice Grevisse*, Deboeck, 2018, p. 50.

² Assoc. H. Capitain, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 21.

³ Voir ci-dessus première partie.

⁴ A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 133.

⁵ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 570 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 42 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 297 ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 238 et s. ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 271 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 121 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 473 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 79 ; *Lamy Droit du contrat*, 2013, n° 135-45 et n° 135-63 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 147 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 83.

⁶ A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 163 et 164 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V^o Consentement*, 2007, n° 162 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n°

Cour de cassation, un arrêt du 17 juin 1873 considéra que la contreproposition n'avait pas éteint l'offre¹, mais un arrêt du 9 décembre 1987 approuva la caducité d'une offre résultant d'une contreproposition qui manifestait un refus de conclure une vente au prix proposé². Enfin, en dépit du silence de l'ordonnance de 2016, la majorité de la doctrine soutient que la contreproposition rend l'offre caduque³, alors qu'une minorité ne tranche pas, ou écarte cette caducité parce que cette dernière n'est pas prévue par l'article 1117 du Code civil⁴.

217. L'analyse proposée. L'offre survit à son refus et à la contreproposition.

Primo, ceux-ci ne sont pas des volontés de produire un effet d'anéantissement de l'offre par le destinataire de celle-ci, qui n'a d'ailleurs pas le pouvoir d'anéantir l'offre.

Secundo, aucun texte ne consacrait l'extinction de l'offre par son refus ou par contreproposition avant l'ordonnance de 2016, laquelle n'a pas traité des conséquences de ces volontés, en contradiction avec son objectif de sécurité juridique et avec la logique, car le refus et la contreproposition sont plus fréquents que les cas traités par l'article 1117.

Tertio, par la technique de la condition, il était et reste possible pour l'offrant de sécuriser l'offre, en faisant de la survenance d'un refus seul, d'une contreproposition seule, ou de l'un des deux, une cause d'extinction de celle-ci. Par suite, en l'absence d'utilisation de cette technique, il est conforme à la volonté initiale et à la liberté de l'offrant de considérer que l'offre persiste après son refus ou une contreproposition.

Quarto, il est impossible de présumer de manière générale la révocation de l'offre à partir de son refus ou d'une contreproposition. D'une part, au plan technique, en vertu du principe de liberté, l'offrant ayant reçu le refus de son offre ou une contreproposition était et reste libre, soit de révoquer l'offre ne contenant pas d'obligation de ne pas l'anéantir, soit de ne pas la révoquer, donc il est impossible de présumer systématiquement la révocation du fait de son refus ou de la contreproposition. À plus forte raison, si l'offre contient une telle obligation de ne pas l'anéantir, qui est son effet accessoire, il est absolument impossible de présumer sa révocation à partir de son refus ou de la contreproposition, car la volonté de révoquer l'offre

866 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, n° 43.

¹ Cass. civ., 17 juin 1873 : DP 1876, 5, p. 313 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 482, note 13 bis.

² Cass. 3^e civ., 9 déc. 1987, n° 86-14.767.

³ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 183 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 218-1 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 287 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 264 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 434.

⁴ *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 43 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des*

est inefficace. D'autre part, au plan politique, l'absence d'extinction de l'offre en raison de son refus ou d'une contreproposition est opportune, car l'offrant peut vouloir la révoquer en raison de ce refus ou de la contreproposition, mais il peut aussi ne pas vouloir la révoquer et laisser alors à son destinataire la possibilité de l'accepter à l'avenir.

Quinto, le refus de l'offre et la contreproposition ne constituaient et ne constituent pas un événement correspondant aux diverses définitions de la caducité retenues par la doctrine et à celle que nous retenons selon laquelle la caducité résultait et résulte de la disparition d'une condition d'existence ou de validité faisant obstacle à l'efficacité d'un acte juridique¹.

En définitive, le refus de contracter et la contreproposition n'éteignent pas l'offre. Parallèlement, l'extinction anormale de l'offre peut être prévue par celle-ci.

2. L'influence sur l'offre des événements constitués par une volonté de l'offrant

218. Le terme extinctif. L'offrant peut prévoir dans l'offre que celle-ci s'éteindra lors de la survenance certaine d'un événement constituant un terme extinctif. En effet, au plan théorique, selon la doctrine majoritaire le terme extinctif n'était pas², et n'est pas une cause de caducité³. Néanmoins, nous pensons que le terme extinctif pouvait et peut être une cause de caducité lorsqu'il fait disparaître une condition d'existence qu'est un effet essentiel à l'acte juridique, nécessaire à son efficacité. Si l'offre offre ne contient pas d'obligation de ne pas l'anéantir insérée en elle par l'offrant, le terme extinctif attaché à l'effet de conclusion du contrat éteint cet effet, ce qui rend l'offre caduque par perte d'une condition d'existence qui est son effet de conclusion du contrat. En revanche, si l'offre contient une obligation de ne pas l'anéantir, alors il faut distinguer, d'une part, le terme extinctif de l'effet de conclusion, et d'autre part, le terme extinctif de l'obligation de ne pas anéantir l'offre. De fait, l'offrant peut vouloir insérer dans l'offre une telle obligation, jusqu'à la survenance d'un événement antérieur à celui qui éteindra l'effet de conclusion et l'offre.

219. La condition extinctive. L'offrant peut recourir à la technique de la condition afin de prévoir que l'offre s'éteindra lors de la survenance d'un événement, qui est incertaine. Or, de rares auteurs évoquent la possibilité d'une condition résolutoire de l'offre⁴.

contrats, LGDJ, 2019, n° 73.

¹ Voir ci-dessus n° 75.

² F. Garron, *La caducité du contrat*, th. Aix, 1999, PUAM, 2000, n° 15 et s. ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 668.

³ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 816 et s.

⁴ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 76 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*,

Théoriquement, nous pensons qu'il existe deux types de conditions éteignant un acte juridique : la condition résolutoire, évoquée par toutes les sources, qui est un effet juridique d'anéantissement de l'acte juridique, ajouté aux autres effets de cet acte ; la condition extinctive, évoquée par quelques auteurs¹, qui est un aspect d'un effet juridique, à l'instar du terme extinctif, c'est-à-dire qu'elle est attachée à un effet de l'acte juridique, si bien que lorsque survient l'événement constituant cette condition extinctive, cet effet juridique disparaît. Dès lors, la condition à laquelle l'offrant peut recourir afin d'éteindre l'offre est la condition extinctive de son effet de conclusion.

Pratiquement, de nombreux événements peuvent constituer une condition extinctive de l'offre : le refus de contracter ou la contreproposition, des changements économiques comme la variation du cours de l'acier², ou des changements juridiques et fiscaux. En particulier, il est possible d'attacher une condition extinctive à l'effet de conclusion différente du terme ou de la condition éteignant l'obligation de ne pas anéantir l'offre.

220. Le délai exprès. Le premier délai dont l'expiration rend l'offre caduque selon l'article 1117 est le délai fixé par l'offrant. De fait, cela permet à l'offrant de prévoir un délai suffisamment long, durant lequel l'offre persiste et peut être analysée et acceptée, et suffisamment court afin d'éviter que l'offre ne persiste trop longtemps.

Premièrement, cette extinction de l'offre à l'expiration du délai fixé par l'offrant est reconnue par de rares décisions³, et par de nombreux auteurs, généralement sans autres précisions terminologique et technique. Mais, avant 2016, ce délai fut appelé délai d'acceptation⁴, de caducité⁵, ou de validité de l'offre⁶, et après 2016, délai d'efficacité⁷. Surtout, après 2016, des auteurs l'ont présenté comme un terme de l'offre⁸, alors que l'idée fut expressément écartée auparavant, ou admise comme révocation⁹. Or, pour nous l'expiration de ce délai est un terme extinctif de l'effet de conclusion de l'offre.

LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 140.

¹ F. Garron, *La caducité du contrat*, th. Aix, 1999, PUAM, 2000, n° 55 et s. ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 269.

² O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 140.

³ CA Lyon, 27 juin 1867 : DP 1867, 2, 193 et s. ; Cass. 1^{re} civ., 26 mars 1962 : Bull. civ. I, n° 179.

⁴ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art.1109, Consentement*, sept. 2012, n° 33.

⁵ TGI de Paris, 12 févr. 1980 : D. 1980, IR 261, obs. J. Ghestin ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 142 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 862.

⁶ RDC 2009, p. 1325, obs. Y.-M. Laithier ; C. Grimaldi, *La durée de l'offre*, D. 2013, p. 2871.

⁷ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2018, p. 134 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 73 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 202.

⁸ LPA, 7 mars 2016, p. 8, obs. M. Mignot, art. 1116 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 134 et 140.

⁹ I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 88 ; C. Pelletier, *La*

Deuxièmement, avant la réforme de 2016, l'expiration de ce délai rendait l'offre caduque selon la doctrine majoritaire¹. C'est pourquoi l'article 1117 du Code civil, créé en 2016, dispose que l'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur. Ainsi, la majorité de la doctrine présente l'expiration de ce délai exprès comme une cause de caducité de l'offre². Néanmoins, cette caducité pour écoulement du délai fixé par l'offre est ponctuellement critiquée par des auteurs³, car selon eux ici l'offre ne perd aucun élément, alors que l'article 1186 du Code civil définit la caducité comme la perte d'un élément essentiel. À l'analyse, ce délai fixé par l'offrant est un terme extinctif de l'effet de conclusion, qui est l'effet essentiel de l'offre et qui disparaît à l'expiration du délai constituant son terme extinctif : l'offre devient alors caduque par disparition de son effet essentiel.

Troisièmement, des auteurs distinguent, d'une part, le délai fixé par l'offrant durant lequel la révocation de l'offre est une faute extracontractuelle en vertu de l'article 1116 du Code civil, qu'ils appellent le délai d'irrévocabilité, et d'autre part, le délai fixé par l'offrant à l'expiration duquel l'offre est caduque selon son article 1117, qu'ils qualifient de délai de validité, de caducité ou d'efficacité de l'offre⁴. Cependant, l'idée de délai d'irrévocabilité est

caducité des actes juridiques en droit privé français, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004, n° 197.

¹ A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 118 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 42 ; C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004, n° 197 ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 253 et s. ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V^o *Consentement*, avr. 2007, n° 142 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 33 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 269 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-47 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 115 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 74 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 862 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 128 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 60 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 144 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 471 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 76.

² F. Terré, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, p. 12 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 23 ; P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, n° 21 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 181 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 41 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-103 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 78 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz*, V^o *Contrat : formation*, janv. 2019, n° 47 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 73 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 51 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1040 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 54 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 285 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 180 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 106 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 269 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 55 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 53 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 426 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 155 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 74 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 211 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 136 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 80 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 202.

³ LPA, 7 mars 2016, p. 8, obs. M. Mignot, art. 1117 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 215.

⁴ P. Chauviré, *Négociation, offre et conditions générales : principes et clauses contractuelles*, JCP N 2016, n° 1111 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 134 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 71 et s. ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 49 et 54.

floue et peut renvoyer au délai durant lequel la volonté de révoquer l'offre est efficace et fautive selon l'article 1116, qui est un délai constituant le terme extinctif de l'effet de conclusion de l'offre, ou au délai durant lequel est inefficace la volonté de révoquer l'offre avec obligation de non-anéantissement insérée par l'offrant, qui est le terme extinctif de cette obligation. Aussi, ce délai durant lequel la révocation de l'offre est efficace et fautive selon cet article 1116 est le délai constituant le terme extinctif de l'effet de conclusion, dont l'échéance rend l'offre caduque selon l'article 1117. Parallèlement, il est impossible de considérer que le délai durant lequel la révocation de l'offre est efficace et fautive en vertu de l'article 1116 peut être techniquement différent du délai fixé par l'offrant et évoqué par l'article 1117. De fait, ce délai de l'article 1116 serait alors un délai fixé par l'offrant et ayant pour seul effet de limiter à l'avance, librement et unilatéralement, sa responsabilité extracontractuelle du fait de la révocation de son offre. Toutefois, le droit interdit de limiter à l'avance, par contrat conclu entre l'éventuel auteur d'une faute extracontractuelle et son éventuelle victime, la possibilité d'engager la responsabilité extracontractuelle du premier. En conséquence, à plus forte raison, il est impossible à une personne, par sa volonté unilatérale, de limiter à l'avance sa responsabilité extracontractuelle en raison d'une éventuelle révocation de l'offre, pour un délai plus court que celui durant lequel l'offre subsiste.

221. Le délai raisonnable. Le second délai dont l'expiration rend l'offre caduque selon l'article 1117 est le délai raisonnable fixé par le juge. En réalité, il n'est pas un terme extinctif de l'offre et une cause de caducité de l'offre.

Premièrement, l'extinction de l'offre à l'expiration d'un délai raisonnable était reconnue par la jurisprudence antérieure à la réforme de 2016, dans de nombreuses décisions constituant l'un des quatre groupes de décisions rattachées par la doctrine à la révocation de l'offre avant 2016. Plus précisément, ces décisions étaient présentées, d'une part, comme reconnaissant la caducité de l'offre à l'expiration d'un délai raisonnable¹, et d'autre part, comme exigeant le maintien de l'offre pendant un délai raisonnable. Pourtant, ainsi que nous allons le montrer, elles ne faisaient que constater l'extinction de l'offre, sans jamais exiger son maintien pendant ce délai. Ainsi, il y avait confusion en doctrine entre trois délais : le terme extinctif de l'effet

¹ 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 43 ; C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004, n° 198 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 269 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 74 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 862 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-47 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 128 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 144 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 471 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 76 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 156.

de conclusion, le terme extinctif de l'obligation de ne pas anéantir l'offre et le délai raisonnable à l'expiration duquel le juge constatait l'extinction de l'offre.

Deuxièmement, si la doctrine évoquait la caducité de l'offre à l'expiration d'un délai raisonnable, à l'analyse cette expiration ne répondait pas aux nombreuses définitions de la caducité précitées. Parallèlement, l'article 1117 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 consacre cette jurisprudence et ses analyses doctrinales, en affirmant que l'offre est caduque à l'expiration d'un délai raisonnable, donc la doctrine majoritaire parle aussi de caducité ici¹. Or, depuis 2016, l'article 1186 du Code civil affirme que la caducité résulte de la disparition d'un élément essentiel du contrat, dont les définitions précitées sont très diverses. Par conséquent, l'écoulement d'un délai raisonnable ne constitue pas la disparition d'un de ces éléments de l'acte juridique qu'est l'offre, comme cela a été affirmé². Dès lors, cette expiration du délai raisonnable n'est pas un cas de caducité, en dépit de la lettre de l'article 1117. Par ailleurs, pour certains auteurs, cet article consacrerait une prescription extinctive¹, ce qui doit être rejeté, car cette prescription ne s'applique pas à un acte juridique unilatéral, mais à un droit selon l'article 2219 du Code civil. C'est pourquoi, nous considérons qu'avant comme après cette réforme, cette extinction de l'offre à l'expiration d'un délai raisonnable s'explique par une présomption de révocation de l'offre. En effet, si une offre ne contient pas de terme extinctif de son effet de conclusion, il est politiquement opportun de considérer que l'offre est éteinte après l'expiration d'un délai raisonnable, lorsqu'il est vraisemblable que l'offrant ne veut plus conclure le contrat proposé, et il est techniquement logique de recourir à la présomption de volonté de la révoquer.

Troisièmement, le délai raisonnable de l'article 1116, jusqu'à l'écoulement duquel la révocation de l'offre sans délai exprès est fautive, protège le destinataire de l'offre, sur le

¹ F. Terré, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, p. 12 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 198 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 23 ; P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, n° 21 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 181 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 42 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 64 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-103 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 78 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz, V^o Contrat : formation*, janv. 2019, n° 47 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1041 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 54 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 285 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 269 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 55 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 53 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 426 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 155 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 74 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 211 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 136 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 80 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 202.

² Voir n° 75 la définition de la caducité ; LPA, 7 mars 2016, p. 8, obs. M. Mignot, art. 1117 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 215.

fondement de la responsabilité extracontractuelle : ce délai raisonnable est une notion appréciée souverainement, qui permet au juge de déterminer la période durant laquelle la révocation de l'offre est une faute extracontractuelle. Inversement, le délai raisonnable de l'article 1117 protège l'offrant, en évitant qu'il voie se conclure un contrat dont il ne veut plus vraisemblablement selon le juge, présumant la révocation de l'offre. En conséquence, ces deux délais raisonnables sont différents comme l'ont affirmé des auteurs majoritaires², contredits par de rares auteurs³.

Quatrièmement, étant donné que l'article 1117 affirme qu'en l'absence de délai fixé par l'offrant, l'offre s'éteint à l'expiration d'un délai raisonnable, des auteurs soutiennent qu'il n'existe pas d'offre sans délai⁴. Cependant, sans délai fixé par l'offre, cette dernière n'a pas de délai attaché à son effet de conclusion et est à durée indéterminée, le délai raisonnable à l'expiration duquel elle s'éteint n'étant pas contenu en elle, mais pouvant être constaté judiciairement. À ce titre, il a été soutenu qu'il serait impossible de déroger à la caducité de l'offre par écoulement d'un délai raisonnable, en raison de la prohibition des engagements perpétuels¹. Néanmoins, cette prohibition ne concerne que les contrats et les actes unilatéraux obligatoires, parce que ces derniers contiennent une ou plusieurs obligations, ce qui n'est pas le cas de l'offre en principe. De plus, cette extinction de l'offre à l'expiration d'un délai raisonnable résulte d'une présomption de volonté de la révoquer à l'expiration de ce délai, qui ne peut jouer si l'offrant indique que son offre ne s'éteindra pas par l'écoulement du temps.

Ainsi, certaines extinctions anormales de l'offre sont relatives à une manifestation de volonté étrangère à la révocation ; d'autres ne sont pas liées à une volonté.

B. L'extinction de l'offre sans révocation par un événement non lié à une volonté

222. L'extinction de l'offre est causée, en dehors de toute manifestation de volonté, par des événements, dont le décès de l'offrant (1) et d'autres (2).

1. L'extinction de l'offre sans manifestation de volonté lors du décès de l'offrant

223. La jurisprudence avant la réforme. Huit arrêts de la Cour de cassation paraissaient contradictoires au sujet du décès de l'offrant avant l'ordonnance de 2016.

¹ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 215.

² O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 135 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 64 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 156.

³ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 215.

⁴ LPA, 7 mars 2016, p. 8, obs. M. Mignot, art. 1116 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 202.

Au XIX^e siècle, un arrêt du 21 avril 1891 affirma que les héritiers ne succédaient pas à l'offrant², et un arrêt du 1^{er} mai 1894 affirma au visa de l'article 932 du Code civil qu'une offre ne pouvait être acceptée que du vivant de l'offrant³.

Par la suite, trois arrêts contradictoires furent rendus en matière de préemption. Un arrêt du 14 avril 1961 affirma que l'article 796 de l'ancien Code rural, qui régissait le droit de préemption des biens ruraux, imposait au propriétaire de faire une offre, sans créer d'obligation de la maintenir, ce qui était conforme aux travaux préparatoires de cet article⁴, si bien que l'offre devenait caduque par le décès de l'offrant survenu dans le mois suivant la création de l'offre⁵. Inversement, un arrêt du 9 novembre 1983 affirma que l'offre de vente adressée par des époux à une SAFER ne pouvait être considérée comme caduque du seul fait du décès de l'époux au visa, de l'ancien article 724 du Code civil consacrant la saisine de plein droit des héritiers notamment des dettes du défunt, et de l'article 796 de l'ancien Code rural et de l'article 7-III de la loi n° 62-933 du 8 août 1962 renvoyant à cet article 796 pour les conditions d'exercice du droit de préemption créé au profit des SAFER⁶. Pourtant ces textes et leurs travaux préparatoires ne régissaient pas le cas du décès du propriétaire et ne mentionnaient aucune obligation d'origine légale de ne pas anéantir l'offre⁷, dont l'existence n'aurait d'ailleurs pas justifié la transmission à cause de mort de l'offre, car cette obligation n'aurait pas été contenue dans l'offre, qui n'aurait pas été transformée en acte unilatéral obligatoire, transmis à cause de mort. À l'inverse, un arrêt du 10 mai 1989 affirma que la notification d'une vente à la SAFER en tant que titulaire d'un droit de préemption constituait une simple offre, devenue caduque par le décès de son auteur⁸.

Enfin, trois arrêts furent rendus en dehors du domaine de la préemption. Un arrêt du 27 novembre 1990 exigeait implicitement une acceptation de l'offre avant le décès de son auteur⁹. Surtout, un arrêt du 10 décembre 1997 attira l'attention : par acte sous seing privé du 21 mai 1987, les époux Y promirent de vendre une maison à M. X, et ce jusqu'au 31

¹ T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 65.

² Cass. req., 21 avr. 1891 : DP 1892, 1, p. 181.

³ Cass. civ., 1^{er} mai 1894 : DP 1895, 1, p. 69.

⁴ JO, 18 oct. 1945, p. 6614 et s. ; JO, 14 avr. 1946, p. 3131 et s.

⁵ Cass. soc., 14 avr. 1961 : Bull. civ. n° 411 ; D. 1961, p. 635 ; JCP G 1961, II, 12260 ; RTD civ. 1962, p. 349, obs. G. Cornu.

⁶ Cass. 3^e civ., 9 nov. 1983 : Bull. civ. III, n° 22 ; Defrénois 1984, p. 1011, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1985, p. 154, obs. J. Mestre.

⁷ JO Sénat, 25 juill. 1962, p. 113 et s. ; JO Sénat, 26 juill. 1962, p. 1143 et s. ; JO Sénat, 28 juill. 1962, p. 1229 et s.

⁸ Cass. 3^e civ., 10 mai 1989 : Bull. civ. III, n° 109 ; D. 1990, jurispr. p. 365, note G. Virassamy ; RTD civ. 1990, p. 69, obs. J. Mestre ; D. 1991, somm. p. 317, obs. J.-L. Aubert.

⁹ Cass. 3^e civ., 27 nov. 1990 : Bull. civ. III, n° 255 ; RTD civ. 1991, p. 315, obs. J. Mestre ; JCP G 1992, II, 21808, note Y. Dagorne-Labbé ; D. 1992, somm. 195, obs. G. Paisant.

décembre 1991, puis M. Y décéda le 3 février 1989 et M. X accepta l'offre le 27 avril 1990, avant de lever l'option le 1^{er} novembre 1991¹. Or, la Cour de cassation affirma au visa de l'ancien article 1134 du Code civil, consacrant le principe de la force obligatoire du contrat, que selon les constatations des juges d'appel, les époux Y s'étaient engagés à maintenir leur offre jusqu'au 31 décembre 1991, laquelle n'avait pas été rendue caduque par le décès. Ainsi, la seule lecture justifiant cet arrêt considère que la Cour de cassation reconnut la possibilité pour une offre de contenir une obligation de ne pas l'anéantir, dont la présence conduisait, en cas de décès de l'offrant, à la transmission de l'offre aux héritiers de l'offrant en tant qu'acte unilatéral obligatoire. Avec cette lecture, en l'espèce, l'offre de promesse unilatérale de contrat contenait une obligation de ne pas l'anéantir, donc lors du décès de l'offrant, cette offre de promesse unilatérale de contrat avait été transmise aux héritiers de l'offrant, n'était pas caduque et avait été acceptée le 27 avril 1990 pour former une promesse unilatérale, qui fut suivie d'une levée l'option le 1^{er} novembre 1991, ayant formé le contrat. À ce titre, des auteurs ont évoqué la possibilité de justifier la persistance de l'offre par la survie de l'un des deux époux², mais cela n'est pas recevable, car seule la volonté de contracter manifestée par le premier époux était une offre, l'autre volonté de contracter manifestée à sa suite par l'autre époux était une acceptation. Finalement, un arrêt du 25 juin 2014 affirma que l'offre qui n'était pas assortie d'un délai était caduque par le décès de l'offrant avant son acceptation³.

224. La doctrine avant la réforme. Il existait une grande diversité dans les analyses de la question des conséquences du décès de l'offrant sur l'offre.

D'abord, dans la doctrine antérieure aux années 1980, la caducité de l'offre pour décès de l'offrant était reconnue par la majorité des auteurs, sauf exception⁴, et certains envisageaient la possibilité d'insérer dans l'offre une obligation de la maintenir, en faisant un engagement unilatéral de volonté, transmis aux héritiers de l'offrant, à son décès⁵. Plus précisément, la

¹ Cass. 3^e civ., 10 déc. 1997, n° 95-16.461 : Bull. civ. III, n° 223 ; D. 1999, p. 9, obs. P. Brun ; Defrénois 1998, p. 336, obs. D. Mazeaud ; LPA 23 nov. 1998, p. 15, note Y. Dagorne-Labbé.

² Defrénois 1998, p. 336, obs. D. Mazeaud ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-49 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 119 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 862 ; Comm. com. électr. 2014, comm. 84, G. Loiseau ; RTD civ. 2014, p. 877, obs. H. Barbier.

³ Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2014, n° 13-16.529 : Bull. civ. I, n° 117 ; JCP G 2014, 960, note J. Antippas ; Comm. com. électr. 2014, comm. 84, G. Loiseau ; Contrats, conc., consom. 2014, comm. 211, obs. L. Leveneur ; D. 2014, p. 1574, note A. Tadros ; RTD civ. 2014, p. 877, obs. H. Barbier ; RDC 2014, p. 601, note Y.-M. Laithier ; Gaz. Pal. 21 oct. 2014, p. 5, obs. D. Houtcieff ; RLDC 2014, n° 118, n° 5518, note C. Le Gallou ; Dr. et patr. 2015, n° 243, p. 55, obs. P. Stoffel-Munck ; RDC 2015, p. 33, note R. Libchaber.

⁴ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 41.

⁵ A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 28 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 553 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 261.

caducité de l'offre était justifiée par l'absence de persistance de la volonté de l'offrant¹, par son caractère personnel², par l'absence d'obligation à la charge de l'offrant et transmise à ses héritiers³, par l'incapacité de renouveler et maintenir l'offre⁴, ou par la perte du pouvoir de donner son consentement⁵.

Ensuite, dans les années antérieures à l'élaboration de l'ordonnance du 10 février 2016⁶, et postérieures⁷, la doctrine affirmait généralement que la jurisprudence précitée distinguait, d'une part, l'offre sans délai, non transmissible aux héritiers de l'offrant décédé, et d'autre part, l'offre avec délai, transmissible aux héritiers, principalement en raison de la présence d'une obligation de ne pas l'anéantir en celle-ci. Ainsi, se retrouve ici la distinction utilisée par la doctrine pour décrire le régime de la révocation de l'offre avant la réforme de 2016. Par ailleurs, des auteurs minoritaires considéraient que l'offre était caduque en raison du décès de l'offrant sans prise en compte de la présence ou de l'absence d'un délai⁸, que la règle était la

¹ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 1, 1772, n° 32 ; J.-M. Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. 1, 1814, n° 250 ; C.-B.-M. Toullier, *Droit civil français*, t. 6, 1814, n° 31 ; A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 16, 1833, n° 45 ; C.-S. Zachariae, *Cours de droit civil français*, t. 2, 1839, p. 465, n. 4 ; M. Championnière et M. E. Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, t. 1, 2^e éd., 1839, n° 187 ; L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 61 ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 15, 1875, n° 478 ; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, 1883, n° 764 ; L. Guillouard, *De la vente et de l'échange*, t. 1, 1889, n° 14 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 204 ; C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, 1900, p. 470 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 482 et s. ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 118 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 42 ; Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, th. Toulouse, 1961, LGDJ, 1963, p. 41 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 249 ; C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004, n° 136 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 119.

² C.-B.-M. Toullier, *Droit civil français*, t. 6, 1814, n° 31 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 2^e éd., 1902, n° 980 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 136 ; C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004, n° 136.

³ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 1, 1772, n° 32 ; C. Darquer, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1885, p. 139 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 560 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 28 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif*, t. 2, 3^e éd., Sirey, 1939, n° 47 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 42 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 249 ; C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004, n° 136.

⁴ L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 60.

⁵ A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 115.

⁶ *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-49 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 119 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 862 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 60 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 145 ; D. 2014, p. 1574, note A. Tadros ; RTD civ. 2014, p. 877, obs. H. Barbier ; RDC 2014, p. 601, note Y.-M. Laithier ; Comm. com. électr. 2014, comm. 84, G. Loiseau ; Gaz. Pal. 21 oct. 2014, p. 5, obs. D. Houtcieff ; RLDC 2014, n° 118, n° 5518, note C. Le Gallou ; Dr. et patr. 2015, n° 243, p. 55, obs. P. Stoffel-Munck ; RDC 2015, p. 33, note R. Libchaber ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 128 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 76 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 157.

⁷ M. Latina et G. Chantepie, ss dir., *Projet de réforme du droit des contrats, Analyses et propositions*, Dalloz, 2015, p. 12 ; Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 21 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 23 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 199 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 136 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 64 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 217 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 181 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-103 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 157 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 136 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 80.

⁸ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 269 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*,

transmissibilité de toutes les offres¹, que l'offre était toujours intransmissible², ou qu'il fallait distinguer les offres de contrat sans *intuitus personae*, qui étaient transmissibles, et avec *intuitus personae*, qui étaient intransmissibles³.

225. L'analyse proposée pour l'offre antérieure à la réforme. Nous pensons qu'ici, comme dans l'ensemble du régime de l'offre antérieure à la réforme, la distinction pertinente n'était pas celle qui était généralement admise entre les offres sans délai et les offres avec délai, mais celle de l'offre ne contenant que son effet essentiel, qui était un effet de conclusion, et de l'offre contenant son effet essentiel, ainsi que son effet accessoire, qui était une obligation de ne pas l'anéantir insérée par l'offrant.

D'une part, le plus souvent, l'offre ne contenait que son effet essentiel : un effet de conclusion. Ainsi, cette offre pouvait ne contenir aucun délai ou en contenir un, mais alors ce délai ne constituait qu'un terme extinctif de son effet de conclusion, car il était impossible de déduire de la présence d'un simple délai, la volonté de créer une obligation de ne pas anéantir l'offre. Or, la première condition de validité de l'offre était l'existence de la personnalité juridique de son auteur, car afin de pouvoir réaliser un acte juridique, il fallait avoir la personnalité juridique et donc un patrimoine et la capacité juridique. Dès lors, en cas de décès de l'offrant personne physique, il y avait disparition de la personnalité juridique de l'offrant et de ses attributs, dont la capacité, c'est-à-dire disparition d'une condition de validité de l'offre. Aussi cette offre était-elle caduque, puisque la caducité est la disparition d'une condition d'existence ou de validité d'un acte juridique faisant obstacle à son efficacité au vu de ses nombreuses définitions. De la même façon, en cas de dissolution de l'offrant personne morale, l'offre disparaissait puisque l'offrant perdait sa personnalité juridique : cette solution était valable même en cas de dissolution avec transmission universelle de son patrimoine, étant donné que l'offre ne figurait pas dans ce patrimoine.

D'autre part, l'offre comportait très rarement, en plus de son effet de conclusion, son effet accessoire qu'était l'obligation de ne pas l'anéantir insérée par l'offrant. En conséquence, en cas de décès de l'offrant personne physique, l'offre était transmise à ses héritiers. Symétriquement, en cas de dissolution de l'offrant personne morale, l'offre était transmise à

LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 74 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 50.

¹ Lamy, *Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-49 ; JCP G 2014, 960, note J. Antippas.

² R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 296.

³ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 117, p. 138, note 5 ; RDC 2014, p. 601, note Y.-M. Laithier ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 60.

la personne ayant bénéficié de la transmission universelle de son patrimoine, si une telle transmission existait. En effet, en raison de la présence de cette obligation de ne pas l'anéantir dans l'offre, cette dernière était un acte juridique unilatéral obligatoire et si le décès ou la dissolution de l'offrant entraînait la disparition de sa personnalité juridique, cette obligation contenue dans l'offre figurait à l'actif du patrimoine de l'offrant et était donc transmise avec son patrimoine à ses héritiers. Cependant, cette exception de transmissibilité de l'offre contenant cette obligation, avait elle-même une exception si l'offre contenait un *intuitus personae* chez l'offrant, étant donné qu'une qualité de l'offrant était alors érigée au rang d'élément essentiel à la complétude, c'est-à-dire de condition d'existence de l'offre, qui disparaissait avec son décès.

226. Le principe avec la réforme. L'article 1117 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, affirme que l'offre est caduque par le décès de l'offrant. Or, le rapport sur l'ordonnance du 10 février 2016 affirme au sujet de l'article 1117 que l'offre est caduque en raison du décès de l'offrant « peu important notamment l'existence d'un délai ». Ainsi, il est indiqué en doctrine que cette règle brise la jurisprudence distinguant les offres sans délai, qui étaient caduques en raison du décès de l'offrant, et les offres avec délai, qui ne l'étaient pas et étaient transmises aux ayant cause de l'offrant¹. De plus, cette règle est justifiée en doctrine par un attachement à la volonté interne et à la commune intention des parties², ou par l'impossibilité de conclusion du contrat³, alors qu'elle est critiquée car l'existence d'un délai serait source d'attente de sécurité⁴, ou en raison de l'absence de caducité d'un contrat par décès d'une partie⁵. Or, cet article 1117 abandonne la déduction d'une obligation de ne pas

¹ B. Haftel, *La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, Gaz. Pal. 30 avr. 2015, n° 120, p. 8 et s. ; D. Mazeaud, *Présentation de la réforme du droit des contrats*, Gaz. Pal. 23 févr. 2016, n° 8, p. 15, n° 14 ; M. Latina et G. Chantepie, ss dir., *Projet de réforme du droit des contrats, Analyses et propositions*, Dalloz, 2015, p. 12 ; J. Antippas, D. 2016, p. 1760, n° 1 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 23 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 199 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 136 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 181 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 64 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 217 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 22 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 285 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 110 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 268 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 56 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 53 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 426 ; D. Houtcief, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 157 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 202 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 80.

² F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 181 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 217 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 55 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 181.

³ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 203.

⁴ G. Loiseau, LPA 3-4 sept. 2015, n° 176 et s., p. 52 et s. ; J. Antippas, D. 2016, p. 1760, n° 1 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 23.

⁵ C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 73.

anéantir l'offre de l'existence d'un délai, comme le firent les arrêts de la Cour de cassation du 9 novembre 1983 et du 10 décembre 1997, respectivement à partir d'un délai légal laissé pour l'acceptation de l'offre ou d'un délai de levée d'option. De façon générale, notre thèse sur la nature de l'offre considère que celle-ci est après la réforme de 2016, comme avant, une volonté de contracter complète, constituant un acte juridique unilatéral, avec pour effet essentiel, toujours contenu dans celle-ci, un effet de conclusion, et pour effet accessoire, généralement non contenu dans celle-ci mais pouvant être introduit en elle par l'offrant, une obligation de ne pas l'anéantir. En conséquence, si cette volonté de contracter contient un délai, sans autre précision, ce dernier est un terme extinctif de cet effet de conclusion, mais il est impossible de déduire de sa présence une obligation de ne pas anéantir l'offre. De fait, une telle obligation n'existe dans l'offre que si la volonté tend à produire à la fois un effet de conclusion et une obligation de ne pas l'anéantir. Dès lors, l'article 1117 régit l'offre qui ne contient que son effet de conclusion, soit sans délai attaché à ce dernier, soit avec un délai attaché à celui-ci en tant que terme extinctif de cet effet. Aussi, puisqu'elle ne contient pas d'obligation de ne pas l'anéantir, cette offre est caduque en cas de décès de son auteur personne physique ou en cas de dissolution de son auteur personne morale. En effet, depuis 2016, l'article 1186 du Code civil affirme que la caducité résulte de la disparition d'un élément essentiel du contrat, que la doctrine a défini diversement. C'est pourquoi, la caducité est pour nous la disparition d'une condition d'existence ou de validité d'un acte juridique, s'opposant à son efficacité. Par conséquent, le décès et la dissolution de l'offrant font perdre à ce dernier la personnalité juridique et les attributs de celle-ci dont la capacité de contracter, qui est une condition de validité de l'offre, et font obstacle à la production de l'effet de conclusion de cette dernière qui est donc caduque.

227. L'exception avec la réforme. Il est possible de déroger à la caducité de l'offre pour décès de l'offrant, reconnue par l'article 1117.

D'abord, des auteurs ont reconnu cette possibilité, par indication dans l'offre de sa survie à l'offrant¹, ou par clause de renonciation à la caducité¹. Or, techniquement, afin de faire exception à la caducité prévue par l'article 1117, le seul moyen est d'insérer dans l'offre son effet accessoire qui est l'obligation de ne pas l'anéantir. De fait, cet article régit l'hypothèse

¹ P. Chauviré, *Négociation, offre et conditions générales : principes et clauses contractuelles*, JCP N 2016, n° 1111 ; M. Mekki, *Réforme du droit des obligations : pourparlers, offre et acceptation*, JCP N 2016, act. 1278 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2016, p. 60 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 65 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-103.

générale qui est celle de l'offre ne contenant que son effet de conclusion. Toutefois, le rapport sur l'ordonnance du 10 février 2016 affirme que les règles de cette dernière sont supplétives et reconnaît l'acte unilatéral obligatoire. Conséquemment, il est possible en vertu de la liberté, d'insérer dans l'offre une obligation de ne pas l'anéantir, en tant qu'effet accessoire. Dans ce cas, l'offre contient une obligation qui est inscrite au passif du patrimoine de l'offrant, dont le décès entraîne certes la disparition de la personnalité juridique et des attributs de celle-ci, dont la capacité, mais cette personnalité est continuée par ses héritiers qui recueillent cette obligation au passif de la succession avec l'offre.

Ensuite, des auteurs soutiennent qu'il est possible de déroger à la caducité prévue par l'article 1117, en recourant au contrat cadre². Plus précisément, le seul moyen d'utiliser un contrat cadre pour écarter cette caducité est de créer une obligation de notifier un consentement par une offre contenant une obligation de ne pas l'anéantir.

Enfin, si l'insertion dans l'offre d'une obligation de ne pas l'anéantir déroge à l'article 1117, cette exception de transmissibilité de l'offre aux héritiers de l'offrant comporte elle-même une dérogation, lorsqu'il s'agit d'une offre de contrat avec *intuitus personae* relatif à l'offrant. En effet, dans ce cas, une qualité de l'offrant a été érigée au rang d'élément concret volontairement essentiel à la complétude, c'est-à-dire qu'elle est devenue une condition d'existence de l'offre, sans laquelle la volonté de contracter ne serait pas complète. Dès lors, si l'offrant personne physique décède ou si l'offrant personne morale est dissout, l'offre perd une condition d'existence, car l'offrant disparaît avec cette qualité attachée à lui, si bien que le contrat ne peut plus être conclu, ce qui fait obstacle à la transmission de l'offre contenant une obligation de ne pas l'anéantir.

Ainsi, l'extinction de l'offre est causée, en dehors de toute manifestation de volonté, notamment par le décès de l'offrant ; elle l'est aussi par d'autres événements.

2. L'extinction de l'offre sans manifestation de volonté hors du décès de l'offrant

228. L'incapacité de l'offrant. Les sources antérieures et postérieures à la réforme de 2016 affirment que l'incapacité de l'offrant éteint l'offre, lorsqu'elles se prononcent sur la question. Or, généralement elles ne distinguent pas les différents régimes qu'elles incluent dans la notion d'incapacité et si elles le font ponctuellement, c'est sans distinguer

¹ Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 21.

² O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 136.

concrètement les diverses hypothèses pouvant se présenter dans chaque régime.

D'abord, avant la réforme de 2016, face au silence du Code de 1804, la doctrine reconnaissait la caducité de l'offre pour incapacité de l'offrant¹, sauf exception². Plus précisément, elle visait l'interdiction³, la faillite⁴, la démence⁵, le changement d'état⁶, et l'ouverture d'une procédure collective⁷. Surtout, certains justifiaient cette extinction par disparition de la volonté⁸, ou par le fait que l'offrant n'était plus apte à s'engager⁹, sans avoir à prendre en compte la présence d'un délai¹⁰.

Ensuite, la réforme de 2016 a consacré à l'article 1117 du Code civil la caducité de l'offre en raison de la survenance de l'incapacité de l'offrant¹¹, justifiée ici aussi par la

¹ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 1, 1772, n° 32 ; J.-M. Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. 1, 1814, n° 250 ; A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 16, 1833, n° 45 ; C.-S. Zachariae, *Cours de droit civil français*, t. 2, 1839, p. 465, n. 4 ; L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 61 ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 15, 1875, n° 478 ; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, 1883, n° 764 ; C. Darquer, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1885, p. 140 ; G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 142 ; L. Guillaud, *De la vente et de l'échange*, t. 1, 1889, n° 14 ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 115 ; M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 131 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 210 ; C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, 1900, p. 471 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 482 et s. ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 2^e éd., 1902, n° 980 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 16 et 191 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 142 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 560 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, p. 27 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif*, t. 2, Sirey, 3^e éd., 1939, n° 47 ; Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, th. Toulouse, 1961, LGDJ, 1963, p. 49 et s. ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 42 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 253 et 265 et s. ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 282 et s. ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 34 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 269 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 117 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 746 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 50 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 145 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 471 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 157.

² E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 41.

³ L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 61 ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 15, 1875, n° 478.

⁴ C. Darquer, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1885, p. 140 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 212 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 193 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 143 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 560 ; Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, th. Toulouse, 1961, LGDJ, 1963, p. 51 et s.

⁵ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 1, 1772, n° 32 ; C. Darquer, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1885, p. 140 ; A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 16, 1833, n° 45 ; C.-S. Zachariae, *Cours de droit civil français*, t. 2, 1839, p. 465, n. 4 ; C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, 1900, p. 471 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 560 ; Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, th. Toulouse, 1961, LGDJ, 1963, p. 49 et s.

⁶ C.-S. Zachariae, *Cours de droit civil français*, t. 2, 1839, p. 465, n. 4.

⁷ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 471.

⁸ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 269.

⁹ R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 282 et s.

¹⁰ J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 145.

¹¹ P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, n° 21 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 181 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 217 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 65 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 42 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-103 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 78 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 73 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 22 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 51 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 56 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1043 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 285 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 181 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 202 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 110 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 268 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 56 ; M. Fabre-

disparition de la volonté de contracter¹, la perte d'un élément essentiel de l'article 1145 du Code civil², la perte de l'aptitude à conclure³, l'impossibilité de conclure du contrat⁴, ou l'attachement à la volonté interne⁵. Plus précisément, la doctrine a indiqué que la solution vaut pour la déclaration d'incapacité, concerne une tutelle, une curatelle ou une habilitation familiale⁶, vise l'impossibilité d'émettre une volonté saine⁷, ou ne vaut pas que pour le placement sous régime légal d'incapacité car celle-ci englobe l'insanité d'esprit même temporaire⁸. Inversement, des auteurs ont critiqué cette caducité⁹.

Or, nous pensons qu'il faut distinguer les différents cas que la doctrine présente comme des incapacités éteignant l'offre et qu'il faut envisager pour chacun de ces cas les diverses possibilités qui peuvent se présenter concrètement. En effet, au vu des nombreuses définitions de la caducité, antérieures ou postérieures à la réforme de 2016, celle-ci est la perte d'une condition d'existence ou de validité d'un acte juridique empêchant son efficacité. Dès lors, il faut étudier concrètement si l'offre a perdu une condition de validité par le fait que l'offrant soit soumis à un régime d'incapacité.

Primo, la tutelle est un régime de représentation pour tous les actes de la vie civile selon l'article 473 du Code civil, qui est limité par les décisions l'organisant et les assouplissements prévus par la loi ou l'usage¹⁰. Dès lors, l'ouverture d'une tutelle de l'offrant, après la création d'une offre, entraîne la caducité de cette dernière seulement si le contrat offert figure au rang des actes que l'offrant ne peut réaliser seul, car l'offre perd alors une condition de validité, qui est la capacité de l'offrant de conclure le contrat.

Secundo, la curatelle est un régime d'assistance qui, selon l'article 467 du Code civil, concerne les actes de disposition, mais non les actes exclus par la décision l'organisant et les

Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 426 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 157 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 74 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 136 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 80 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 203.

¹ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 4^e éd., 2016, n° 268 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 56.

² B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 199.

³ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 285.

⁴ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 203.

⁵ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 181 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 217.

⁶ A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 74.

⁷ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 181.

⁸ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 137.

⁹ LPA, 7 mars 2016, p. 8, obs. M. Mignot, art. 1117 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 73.

¹⁰ F. Marchadier, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Majeur protégé, févr. 2018, n° 216 et s.

assouplissements prévus par la loi ou l'usage¹. Aussi, l'ouverture d'une curatelle de l'offrant, après la création d'une offre, entraîne la caducité de cette dernière seulement si le contrat offert figure au rang des actes que l'offrant ne peut réaliser seul, car l'offre perd alors une condition de validité, qui est la capacité de l'offrant de conclure le contrat.

Tertio, la sauvegarde de justice est présentée comme n'étant pas un régime d'incapacité, car en vertu de l'article 435 du Code civil, la personne placée sous ce régime conserve l'exercice de ses droits, à l'exception de ceux pour lesquels un mandataire spécial a été désigné². En conséquence, le placement sous sauvegarde de justice de l'offrant n'entraîne pas la caducité d'une offre antérieure à lui, sauf si cette offre tend à la conclusion d'un contrat que ce mandataire doit réaliser, car l'offrant n'a plus alors la capacité de le réaliser seul et l'offre perd une condition de validité nécessaire à la production de son effet de conclusion.

Quarto, l'existence d'un trouble mental s'apprécie non lors de la conclusion du contrat comme l'affirme la doctrine³, mais lors de la création de l'offre et si après la création de l'offre, l'offrant est frappé par un trouble mental, l'offre perd une condition de validité nécessaire à la production de son effet de conclusion, donc elle est caduque.

Quinto, l'habilitation familiale de l'article 494-8 du Code civil prive le majeur qui y est soumis, de sa capacité d'exercice pour tous les actes visés par l'habilitation⁴. En conséquence, si le contrat offert figure au rang des actes visés par un régime d'habilitation familiale mis en place pour l'offrant, après la création de l'offre, cette dernière devient caduque, par perte d'une condition de validité, qui est la capacité de l'offrant.

Sexto, le mandat de protection future ne crée aucune incapacité chez le mandant, donc sa conclusion et son exécution sont sans influence sur l'existence d'une offre antérieure.

Septimo, les incapacités de jouissance sont diverses et si une telle incapacité apparaît chez l'offrant, après la création de l'offre, et concerne le contrat offert, l'offre perd une condition de validité, qui est la capacité de jouissance, donc elle est caduque.

¹ F. Marchadier, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Majeur protégé*, févr. 2018, n° 214 et s.

² M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 310 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 173 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 97 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 34 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 905 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 97 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 66 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 350 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 354 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 180 ; F. Marchadier, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Majeur protégé*, févr. 2018, n° 212 et s. ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 350 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 46 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 109 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 70.

³ N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 36 et s. ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 291 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 246 et s.

⁴ F. Marchadier, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Majeur protégé*, févr. 2018, n° 221 et s.

Octavo, la doctrine contractualiste étudiant l'influence des procédures collectives sur l'existence de l'offre mentionne les idées d'incapacité ou de dessaisissement¹. Or, face à la mise en place d'une de ces procédures, il faut concrètement se demander si l'offre la précédant tend à la conclusion d'un contrat que la personne soumise à cette procédure peut encore valablement conclure ou non, auquel cas l'offre devient caduque en raison de la disparition de l'une de ses conditions de validité.

Pour finir, même si des auteurs soutiennent le contraire², il est impossible de déroger à la caducité de l'offre pour incapacité de l'offrant, car la survenance de cette dernière constitue la perte pour l'offre d'une condition de validité, sur laquelle la volonté n'a pas prise.

229. Le décès du destinataire. Celui-ci fut très débattu.

Avant la réforme de 2016 la doctrine était divisée. De fait, elle étudiait ponctuellement l'influence du décès du destinataire de l'offre sur celle-ci et affirmait, sauf exception³, que l'offre était caduque par le décès de son destinataire⁴, car celle-ci ne créait pas de droit de créance au profit du destinataire de l'offre⁵. À ce titre, la doctrine évoquait un arrêt inédit de la Cour de cassation du 5 novembre 2008⁶, qui approuva l'analyse contradictoire d'une offre reçue par une personne, comme une obligation non point de donner mais de faire, non acceptée par son destinataire avant son décès et non transmise aux héritiers du destinataire faute d'avoir créé une créance mobilière ou un droit dans son patrimoine. Par ailleurs, selon la thèse d'Aubert en raison de la rupture de la relation interpersonnelle de fait créée par l'offre en dehors même de tout *intuitus personae*, ce décès ne la rendait pas caduque, sauf exception lorsque l'offre contenait une obligation de ne pas l'anéantir figurant à l'actif du patrimoine du destinataire et transmise à ses héritiers, et cette exception connaissait une exception en

¹ P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 157 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 35 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 163 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 47.

² T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 65 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations* Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-103 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187.

³ A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 141.

⁴ C.-B.-M. Toullier, *Droit civil français*, t. 6, 1814, n° 31 ; M. Championnière et M. E. Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, t. 1, 2^e éd., 1839, n° 187 ; C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, vol. 24, 1870, n° 69 ; L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 61 ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 15, 1875, n° 478 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, art. 1101, n° 20 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 207 et s. ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 483 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 560 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 251 ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 282 et s. ; JCP N 2009, n° 1, p. 26, obs. S. Piedelièvre ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 32 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 117, p. 138, note 5 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 74 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 50 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 60.

⁵ C.-B.-M. Toullier, *Droit civil français*, t. 6, 1814, n° 31 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 251 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 117.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 2008, n° 07-16.505 ; JCP N 2009, n° 1, p. 26, obs. S. Piedelièvre ; LPA, 6 mars 2009, n° 47, p. 8, note R. Loir ; D.

présence d'un *intuitus personae*¹. Plus généralement, des auteurs proposaient de distinguer selon que l'offre contenait un *intuitus personae* car celle-ci était alors intransmissible, ou n'en contenait pas et était ainsi transmissible².

Avec l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1117 du Code civil ne se prononçait pas sur l'influence du décès du destinataire de l'offre sur celle-ci. Or, la doctrine était alors favorable à la caducité pour décès du destinataire de l'offre, car cette dernière ne donnait pas naissance à une créance ou à un droit transférable³, même si des auteurs proposaient à nouveau de distinguer selon la présence ou l'absence d'un *intuitus personae*⁴. Par la suite, lors de l'élaboration de la loi de ratification de cette ordonnance, cette question fut ardemment débattue⁵ : pour finir, la caducité pour décès du destinataire fut insérée à l'article 1117 par la loi de ratification du 20 avril 2018⁶, approuvée en doctrine⁷. Néanmoins, pour déterminer si le décès du destinataire de l'offre la rend caduque, durant les travaux préparatoires de la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, à aucun moment il n'a été fait référence à la définition de la caducité donnée par l'article 1186, pourtant issu de cette ordonnance. Parallèlement, des auteurs affirment qu'il est possible de déroger à la caducité de l'offre pour

2010, p. 226, obs. S. Amrani-Mekki ; Dr. et patri. 2009, n° 183, p. 184, obs. L. Aynès et P. Stoffel-Munck.

¹ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 251 et 262 et s.

² C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004, n° 134 ; D. 2010, p. 226, obs. S. Amrani-Mekki ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 117 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 60.

³ N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 24 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 200 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 22.103 ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 218 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 57.

⁴ B. Haftel, *La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, *Gaz. Pal.* 30 avr. 2015, n° 120, p. 8 et s. ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, p. 114.

⁵ Amendement N° COM-3, Sénat, 9 oct. 2017 ; Rapp. Sénat n° 22, 2017-2018 ; Compte rendu de la commission des lois du Sénat, 11 oct. 2017 ; Amendement n° 13, Sénat, 16 oct. 2017 ; Compte rendu de la commission des lois du Sénat, 17 oct. 2017 ; Compte rendu intégral des débats en séance publique du Sénat, 17 oct. 2017 ; Texte n° 5 (2017-2018) adopté par le Sénat, 17 oct. 2017 ; Amendement n° CL7, 24 nov. 2017 ; Amendement n° CL36, 28 nov. 2017 ; Rapport AN n° 429, 2017-2018 ; Texte de la commission n° 429, 29 nov. 2017 ; Compte rendu intégral de la séance AN, 11 déc. 2017 ; Texte n° 46 modifié par l'AN, 11 déc. 2017 ; Amendement N° COM-1, 22 janv. 2018 ; Compte rendu de la commission des lois, 24 janv. 2018 ; Rapport Sénat n° 247, 2017-2018 ; Texte de la commission n° 248 (2017-2018), 24 janv. 2018, art. 4 ; Compte rendu intégral des débats en séance publique du Sénat, 1^{er} févr. 2018 ; Texte n° 54 (2017-2018) adopté avec modifications par le Sénat, 1^{er} févr. 2018, art. 4 ; Amendement N° CL2, 6 févr. 2018 ; Rapport AN 2017-2018, n° 639 ; Texte de la commission n° 639, 7 févr. 2018 ; Amendement N° 3, 9 févr. 2018 ; Compte rendu intégral de la troisième séance AN, 15 févr. 2018 ; Compte rendu de la Commission mixte paritaire du 14 mars 2018 ; Texte de la commission n° 353 (2017-2018), 14 mars 2018, art. 4 ; Texte n° 103 adopté par l'AN, 22 mars 2018 ; Texte n° 92 (2017-2018) adopté définitivement par le Sénat, 11 avr. 2018.

⁶ Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, art. 4.

⁷ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 218 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 65 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 78 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz, V° Contrat : formation*, janv. 2019, n° 47 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 73 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 51 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 285 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 182 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 110 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 57 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 53 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 74 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 202.

décès de son destinataire, prévue par l'article 1117 du Code civil issu de la loi de ratification¹.

Finalement, les solutions découlent de la définition de la caducité et du contenu de l'offre. Dès lors, il fallait avant 2016 et il faut distinguer l'offre ne contenant pas son effet accessoire qu'est l'obligation de ne pas l'anéantir et l'offre contenant cette obligation.

D'une part, l'offre sans obligation de ne pas l'anéantir peut être à personne déterminée ou indéterminée. Lorsqu'elle est à personne déterminée, elle contient l'identité déterminée du destinataire de l'offre, donc en cas de décès ou de dissolution de ce dernier, la personnalité juridique du destinataire disparaît avec ses attributs juridiques, dont la capacité, si bien que l'offre perd ces conditions de validité et est caduque. Inversement, lorsqu'elle est à personne indéterminée, la question du décès du destinataire ne se pose pas.

D'autre part, il est possible de déroger aux articles 1114 à 1117 du Code civil en insérant dans l'offre, une obligation de ne pas l'anéantir. Dans ce cas, l'offre contient nécessairement l'identité de son destinataire, donc le décès ou la dissolution de ce dernier fait certes disparaître la condition de validité de l'offre, qu'est la personnalité juridique du destinataire, mais cette dernière est continuée par les héritiers ou par une autre personne morale en cas de transmission du patrimoine de la personne dissoute, donc le principe est que l'acceptation est transmise dans le patrimoine des héritiers ou de cette personne morale. En outre, l'exception est la caducité de l'offre avec *intuitus personae* du côté du destinataire.

230. L'incapacité du destinataire. Avant l'ordonnance de 2016 quelques sources reconnaissaient la caducité pour incapacité du destinataire de l'offre², mais un auteur a proposé de réserver cette caducité à l'offre avec *intuitus personae*³. Depuis 2016, la caducité de l'offre pour incapacité du destinataire est évoquée très ponctuellement⁴. Or, avant comme après la réforme de 2016, les solutions sont les mêmes, car l'offre avait et conserve la même nature. Si l'offre est à personne déterminée, elle contient l'identité de son destinataire, qui est un élément concret essentiel à la complétude. Or, au vu des nombreuses définitions de la caducité, celle-ci résulte de la disparition d'une condition d'existence ou de validité d'un acte juridique empêchant ce dernier d'être efficace. Par suite, si le destinataire de l'offre perd la

¹ T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 65 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-103.

² C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, vol. 24, 1870, n° 69 ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 15, 1875, n° 478 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, art. 1101, n° 20 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 210 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 560 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 251 et 268 ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 282 et s.

³ C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004, n° 134.

⁴ C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 73.

capacité de conclure le contrat visé par l'offre, en raison de la mise en place d'un régime de tutelle, de curatelle, de sauvegarde de justice ou d'habilitation familiale, s'il est atteint d'un trouble mental ou s'il est dessaisi par la mise en place d'une procédure collective ou d'un rétablissement personnel, l'offre ne perd pas une condition de validité puisque la capacité du destinataire n'est pas une condition de validité de l'offre. Pour finir, si l'offre est à personne indéterminée, la question de l'incapacité du destinataire ne se pose pas.

231. Les autres cas de caducité de l'offre. Les sources existantes évoquent très rarement les cas d'extinction de l'offre étrangers aux précédents.

D'une part, la caducité de l'offre peut résulter de la disparition de la détermination de l'objet d'une obligation contenue dans le contrat offert. Par exemple, si l'offre de vente prévoit que le prix sera déterminé par référence à un indice et si ce dernier disparaît avant la conclusion du contrat, l'offre devient caduque par disparition d'une condition d'existence, qui est la détermination de la quotité du prix.

D'autre part, la caducité de l'offre peut résulter de la disparition en fait d'une de ses conditions de validité. En particulier, cette caducité peut être la conséquence de la sortie du patrimoine de l'offrant, de la chose objet d'une obligation du contrat. Or, cette hypothèse était très peu évoquée par la doctrine avant 2016, qui reconnaissait la caducité de l'offre lorsque la chose périssait¹, subissait une détérioration², ou était modifiée juridiquement³. Par ailleurs, depuis la réforme, seule est évoquée la vente de la chose à un tiers⁴. En effet, il est des offres de contrat relatif à une chose, dont le transfert de propriété est envisagé ou qui est l'objet d'une prestation. Ainsi, dans ces cas, si disparaît du patrimoine de l'offrant cette chose objet d'une obligation du contrat offert, que ce soit volontairement ou par acte de disposition à titre onéreux ou gratuit, ou involontairement notamment par destruction, disparaît une condition de validité de l'offre et de ce contrat, qui est le fait pour l'offrant d'être propriétaire de la chose décrite dans l'offre. Dès lors, l'offre est caduque si cette disparition l'empêche d'être efficace, que cette chose soit un corps certain irremplaçable, ou une chose de genre que l'offrant peut acheter. Pour autant, il n'est pas inutile d'ajouter dans l'offre la mention « sous réserve des

¹ J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 213 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 16 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 560 bis ; Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, th. Toulouse, 1961, LGDJ, 1963, p. 69 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 43 ; C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004, n° 53.

² R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 560 bis ; Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, th. Toulouse, 1961, LGDJ, 1963, p. 69.

³ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 560 bis.

⁴ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 58.

stocks disponibles », laquelle est une condition extinctive de l'offre. À ce titre, des auteurs ont saisi avant 2016 ces actes incompatibles avec le maintien de l'offre comme des révocations tacites¹, idée à laquelle nous n'adhérons pas, car une révocation tacite est une révocation présumée à partir d'un fait, alors qu'ici la caducité est une extinction automatique par perte d'une condition de validité de l'offre. Or, en principe, l'offre ne contenait pas avant 2016, et ne contient pas depuis la réforme, d'obligation de ne pas l'anéantir interdisant de la rendre caduque, donc la disposition de la chose n'est pas une faute sans cette obligation. Néanmoins, le fait volontaire rendant l'offre caduque est un moyen facile pour l'offrant afin d'éteindre son offre sans la révoquer. C'est pourquoi, l'offrant peut garantir une sécurité précontractuelle au destinataire de son offre, en insérant dans cette dernière une obligation de ne pas l'anéantir, qui est un effet accessoire de l'offre. En conséquence, cette sortie volontaire de cette chose du patrimoine de l'offrant constitue l'inexécution de l'obligation de ne pas anéantir l'offre. Aussi, le fait volontaire ayant rendu caduque l'offre pouvait être anéanti sur le fondement de l'exécution forcée de l'obligation de ne pas anéantir l'offre, prévu avant la réforme de 2016 par l'ancien article 1143 du Code civil, qui affirmait que le créancier avait le droit de demander que ce qui avait été fait par contravention à l'engagement fût détruit. Néanmoins, la jurisprudence limitait l'utilisation de cet article au contrat conclu par le débiteur de l'obligation de ne pas faire et un tiers connaissant cette dernière. Or, la cause de l'acte juridique était avant la réforme de 2016 son mobile, son motif, son but et elle ne devait pas être illicite en vertu des anciens articles 1131 et 1133 du Code de 1804. Toutefois, à la veille de l'ordonnance de 2016, depuis l'arrêt Malvezin du 7 octobre 1998², avait disparu l'exigence de connaissance du mobile d'une partie par l'autre partie au contrat afin que fût prononcée la nullité pour cause illicite, même si l'illicéité du mobile d'une partie n'entraînait la nullité du contrat que si celui-ci était le motif impulsif et déterminant de cette partie³. Par suite, il est possible d'invoquer pour les offres antérieures au 1^{er} octobre 2016, l'illicéité du

¹ A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 156 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 41 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 239 et s. ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-41.

² Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998, n° 96-14.359 : Bull. civ. I, n° 285 ; D. 1998, 563, concl. J. Sainte-Rose ; D. 1999, Somm. 110, obs. P. Delebecque ; Defrénois, 1998, p. 1408, obs. D. Mazeaud ; Defrénois, 1999, p. 602, note V. Chariot ; JCP, 1998, II, 10202, note M.-H. Maleville ; JCP, 1999, I, 114, n° 1 et s., obs. C. Jamin ; Gaz. Pal., 2000, I, 643, note F. Chabas ; Contrats, conc. Consom., 1999, n° 1, note L. Leveneur ; LPA, 5 mars 1999, note S. Prieur ; D. 1999, chron. 237, O. Tournafond.

³ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 446 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 366 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 268 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 190 et s. ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 491 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 287 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 626 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 470 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 178.

mobile de l'offrant ayant conclu un contrat avec un tiers en violation de l'obligation de ne pas l'anéantir, même si ce dernier ne connaissait pas cette obligation, car le mobile de l'offrant était contraire à l'ancien article 1134 du Code civil, fondant par analogie la force obligatoire de l'offre avec obligation ; cependant, il n'est pas certain que les juges appliquent ce fondement qui permet de contourner la condition de connaissance de l'obligation posée pour l'ancien article 1143. Parallèlement, pour les offres faites à compter du 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, le créancier de l'obligation de ne pas anéantir l'offre peut demander la nullité du contrat conclu avec un tiers et l'ayant rendue caduque de façon certaine sur le fondement de l'exécution forcée des obligations des articles 1221 et 1222 du Code civil, et même sur le fondement de l'illicéité du but de l'offrant prévue par l'article 1162 de ce code, qui n'exige pas que ce but soit connu du tiers mais devrait être probablement écarté par les juges comme un contournement des deux articles précités.

Ainsi, les questions de la création, des effets et des diverses causes d'extinction de l'offre différentes de sa révocation, sont partiellement traitées par les articles 1113 et suivants du Code civil, qui régissent surtout cette révocation.

Section II. Le régime de l'offre lors de la manifestation de volonté de la révoquer

232. La révocation de l'offre a fait l'objet de traitements jurisprudentiels et doctrinaux très hétérogènes avant l'ordonnance du 10 février 2016 (**I**), laquelle a voulu remédier à ces incertitudes par les articles 1115 et 1116 du Code civil (**II**).

I. La volonté de révoquer l'offre créée avant le 1^{er} octobre 2016

233. Le problème de la révocation de l'offre créée avant le 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, continue à se poser après cette date et a fait l'objet de solutions jurisprudentielles complexes et hétérogènes que nous justifions par notre thèse sur la nature et le contenu de l'offre (**A**), qui n'a jamais été retenue par les analyses doctrinales de cette jurisprudence (**B**), lesquelles utilisaient comme distinction cardinale, celle de l'offre sans délai et de l'offre avec délai.

A. L'analyse proposée des règles de révocation de l'offre antérieures à la réforme

234. La jurisprudence rattachée par la doctrine à la question de la révocation de l'offre, avant l'ordonnance du 10 février 2016, était hétérogène et contradictoire. Pour autant, elle n'était ni illogique, ni inopportune. Plus précisément nous regroupons les arrêts rattachés par

la doctrine à la révocation de l'offre en quatre séries.

235. Le premier groupe. Il est possible de regrouper dans un premier cercle les huit arrêts de la Cour de cassation qui reconnaissaient l'efficacité de la volonté de révoquer l'offre ne contenant pas d'obligation de ne pas l'anéantir.

D'une part, au plan terminologique, ces arrêts et leurs commentaires ne mentionnaient pas l'expression d'efficacité de la volonté de révoquer l'offre. Plus précisément, ces arrêts affirmaient que la manifestation de volonté de l'offrant de ne pas donner suite à l'offre¹, ou de rétracter cette dernière, faisait obstacle à la formation du contrat faute d'acceptation antérieure². Puis les suivants évoquaient la possibilité de rétracter l'offre en général³, de révoquer une offre faite sans délai⁴, de retirer⁵, de révoquer⁶, une offre jusqu'à l'acceptation. Parallèlement, certains auteurs évoquaient la possibilité de révocation de l'offre ou sa révocabilité⁷. D'autres mentionnaient la liberté de révocation de l'offre⁸. Cependant, ces expressions sont imprécises, car elles peuvent désigner l'efficacité de la volonté de l'offrant de révoquer son offre ou l'absence de son caractère fautif. C'est pourquoi il faut parler de la règle de l'efficacité de la volonté de révocation de l'offre, qui doit être distinguée de deux règles. La première est la possibilité de reconnaître le caractère de faute délictuelle de la volonté efficace de révoquer l'offre ne contenant pas d'obligation de ne pas l'anéantir, qui est une atténuation de l'efficacité de la volonté de révoquer l'offre. La seconde est l'inefficacité de la volonté de révoquer l'offre contenant une obligation de ne pas l'anéantir, qui est une exception à l'efficacité de la volonté de révoquer l'offre ne contenant pas cette obligation.

D'autre part, au plan du fond du droit, cette première série de décisions reconnaissant l'efficacité de la volonté de révoquer l'offre s'expliquait par la nature de cette dernière, constituant un acte juridique unilatéral ne contenant pas, en principe, d'obligation de ne pas l'anéantir. De fait, la volonté de révoquer l'offre était efficace, comme la volonté de révoquer

¹ Cass. civ., 21 déc. 1846 : D. 1847, 1, p. 19.

² Cass. req., 11 déc. 1901 : D. 1903, 1, p. 114 et s. ; Cass. 3^e civ., 20 mars 1979, n° 77-15.045 : Bull. civ. III, n° 72.

³ Cass. civ., 3 févr. 1919 : DP 1923, 1, p. 126.

⁴ Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1959 : Bull. civ. I, n° 15.

⁵ Cass. 1^{re} civ., 21 déc. 1960 : Bull. civ. I, n° 558 ; D. 1961, p. 417, note P. Malaurie.

⁶ Cass. com., 6 mars 1990, n° 88-12.477 : Bull. civ. IV, n° 74 ; JCP 1990, II, 21583, note B. Gross ; RTD civ. 1990, p. 462, obs. J. Mestre ; RTD com. 1990, p. 627, obs. B. Bouloc ; D. 1991, somm. p. 317, obs. J.-L. Aubert ; Defrénois, 30 mars 1991 n° 6, p. 356, obs. J.-L. Aubert ; Cass. com., 9 avr. 1991, n° 89-21.517 : RJDA 1991/7, n° 558.

⁷ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 481 ; J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46 et s., n° 15 ; D. Lefort, *La rétractation des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 2, 1980, n° 84 ; S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français*, th. Toulouse, 1991, LGDJ, 1997, p. 96 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 119 ; JCP G 2008, I, 179, n° 1, obs. Y.-M. Serinet, n° 4 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 117 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 95 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 470.

⁸ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 29 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-35 ; J.

d'autres actes juridiques unilatéraux et non obligatoires, dont le testament. Premièrement, la manifestation de volonté d'anéantir l'offre était libre en vertu du principe de liberté individuelle, et non de la liberté contractuelle, qui est la liberté de manifester ou non un consentement au contrat, mais non celle de le révoquer. Deuxièmement, cette manifestation de volonté de produire un effet juridique d'anéantissement de l'offre est un acte juridique unilatéral, avec pour effet essentiel, un effet d'anéantissement de l'offre.

236. Le deuxième groupe. Des décisions jurisprudentielles formant un deuxième cercle étaient rattachées par la doctrine à l'application de la responsabilité délictuelle à la révocation de l'offre avant 2016. Or, certaines de ces décisions concernaient non la révocation¹, mais la création fautive d'une offre². D'autres reconnaissent l'applicabilité de la responsabilité délictuelle à la révocation d'offre.

Primo, l'arrêt de la Cour de cassation du 8 octobre 1958 approuva l'engagement de la responsabilité délictuelle de l'offrant pour la réparation du préjudice découlant directement du retrait prématuré de son offre avant l'expiration d'une période raisonnable³.

Secundo, selon un jugement du TGI de Pontoise du 7 avril 1960, constituait une faute délictuelle la révocation d'une offre avant l'expiration du délai prévu pour la conclusion⁴.

Tertio, un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 28 février 1992 affirma que l'offre de vente d'une maison, faite pour une durée indéterminée, tant qu'elle n'avait pas été acceptée, pouvait être révoquée par le sollicitant, à l'expiration d'un délai raisonnable⁵.

Quarto, un arrêt de la cour d'appel de Nancy du 14 juin 2000 considéra que la rétractation de

Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 856.

¹ L. Jossierand, *Cours de droit civil positif*, t. 2, 3^e éd., Sirey, 1939, n° 49 ; J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46 et s., n° 16 ; D. Lefort, *La rétractation des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 2, 1980, n° 95 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 135 ; D. 2008, p. 1480, obs. G. Forest ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 24 et 31 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-39 et 135-41 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 861 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 140.

² CA Bordeaux, 17 janv. 1870, S. 1870, 2, p. 219 ; CA Rennes, 8 juill. 1929 : DH 1929, p. 548 ; Cass. soc., 22 mars 1972, n° 71-40.266 - Bull. civ. n° 243, p. 221 ; D. 1972, p. 468.

³ Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 1958 : Bull. civ. I, n° 413 ; J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46 et s., n° 16 et 19 ; D. Lefort, *La rétractation des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 2, 1980, n° 94 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 31 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-39 et 135-41 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 72 et s. ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 861 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-39 et 135-41 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 140 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 150.

⁴ TGI Pontoise, 7 avr. 1960 : D. 1961, somm. 2 ; D. Lefort, *La rétractation des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 2, 1980, n° 96 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 128.

⁵ CA Versailles, 28 févr. 1992 : Defrénois 1992, p. 1073, n° 100, obs. J.-L. Aubert ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 24 et 31 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 95 et s.

l'offre n'était pas fautive, un délai de six semaines la séparant de sa création¹.

Parallèlement, cette révocation pouvait intervenir sans mise en demeure préalable, selon un arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 1976².

À l'analyse, ces décisions reconnaissaient implicitement l'efficacité la volonté de l'offrant de révoquer une offre, qui ne contenait pas d'obligation de ne pas l'anéantir. Parallèlement, elles reconnaissaient expressément la possibilité de qualifier de faute délictuelle cette volonté de révocation, intervenant avant la date de conclusion prévue ou l'expiration d'un délai raisonnable. Cependant, les deux arrêts d'appel n'appliquèrent pas cette responsabilité délictuelle. Ainsi, au vu de ces décisions, il existait une application très rare de la responsabilité délictuelle à la révocation de l'offre. Or, la responsabilité délictuelle n'était pas une exception au principe d'efficacité de la volonté de révoquer l'offre ne contenant pas d'obligation de ne pas l'anéantir, car la révocation était efficace dans ces décisions, donc l'offre était anéantie. En revanche, la responsabilité délictuelle constituait une atténuation de ce principe d'efficacité de la volonté de révoquer l'offre, car les conséquences dommageables de la révocation étaient réparées.

237. Le troisième groupe. Une longue série de décisions était pour la doctrine l'illustration de la nécessité de ne pas révoquer l'offre pendant un délai moral ou raisonnable³, sous peine de dommages-intérêts seuls⁴, de ceux-ci ou d'une conclusion forcée⁵, de

¹ CA Nancy, 14 juin 2000 : JCP 2002, IV, 1193 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 118 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 95 et s.

² Cass. 3^e civ., 5 mai 1976, n° 74-14.978 : Bull. civ. III, n° 191, p. 149.

³ CA Paris, 12 juin 1869 : DP 1870, 2, p. 6 ; Cass. req. 28 févr. 1870 : DP 1871, I, p. 61 ; CA Bordeaux, 29 janv. 1892 : DP 1892, 2, p. 390 ; Cass. req. 27 juin 1894 : DP 1894, I, p. 432 ; CA Paris, 5 févr. 1910 : DP 1913, 2, p. 1, note J. Valéry ; CA Lyon, 19 déc. 1917, S. 1918, 2, p. 40 ; Cass. 3^e civ. 8 févr. 1968, n° 65-10.600 : Bull. civ. III, n° 52 ; Cass. 3^e civ., 10 mai 1972, n° 65-10.600 : Bull. civ. III, n° 297 ; RTD civ. 1972, p. 773, obs. Y. Loussouarn ; Cass. com., 6 févr. 1973, n° 72-10.140 : Bull. civ. IV, n° 65 ; Cass. 3^e civ., 21 oct. 1975, n° 74-11.599 : Bull. civ. III, n° 302 ; D. 1976, IR 20 ; Cass. com., 27 mars 1990 ; Cass. 3^e civ., 20 mai 1992, n° 90-17.647 : Bull. civ. III, n° 164 ; D. 1992, somm. p. 397, obs. J.-L. Aubert ; D. 1993, jurisp. p. 493, note G. Virassamy ; RTD civ. 1993, p. 345, obs. J. Mestre ; Cass. 3^e civ., 25 mai 2005, n° 03-19.411 : Bull. civ. III, n° 117 ; D. 2005, panor. 2837, obs. S. Amrani-Mekki ; JCP 2005, I, 172, n° 1, obs. P. Grosser ; Contrats, conc., consom. 2005, comm. 166, obs. L. Leveneur ; RTD civ. 2005, p. 772, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2005, p. 1071, obs. F. Collart Dutilleul ; RDC 2006, p. 311, obs. D. Mazeaud ; Cass. 3^e civ., 20 mai 2009, n° 08-13.230 : Bull. civ. III, n° 118 ; RTD civ. 2009, p. 524, obs. B. Fages ; AJDI 2009, p. 898, obs. F. Cohet-Cordey ; Contrats, conc., consom. 2009, comm. 214, obs. L. Leveneur ; Gaz. Pal. 12 août 2009, p. 9, obs. A. Dumery ; RLDC 2009/62, n° 3486, obs. V. Maugeri ; RDC 2009, p. 1325, obs. Y.-M. Laithier ; Gaz. Pal. 6 janv. 2010, p. 19, obs. D. Houtcieff ; LPA 2009, n° 220, p. 7, obs. C. Juillet.

⁴ C. Darquer, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1885, p. 151 ; L. Guillaouard, *De la vente et de l'échange*, t. 1, 1889, n° 12 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif*, t. 2, 3^e éd., Sirey, 1939, n° 49 ; J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46 et s., n° 20 ; D. 2005, panor. 2837, obs. S. Amrani-Mekki ; RDC 2006, p. 311, obs. D. Mazeaud ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V^o *Consentement*, avr. 2007, n° 128 et 135 ; JCP G 2008, I, 179, n° 1, obs. Y.-M. Serinet, n° 4 ; RDC 2008, p. 1109, obs. T. Genicon ; Rev. Lamy dr. civ., avr. 2009, n° 59, note E. Burdin ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 24 et 31 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-39 et 135-41 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 72 et s. ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 860 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 50 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 140 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 150 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 470 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 75.

⁵ RDC 2008, p. 1109, obs. T. Genicon.

l'inefficacité de la révocation¹, ou d'une exécution forcée².

Ces décisions reconnurent l'extinction de l'offre à l'expiration d'un délai moral pour l'analyser et y répondre au XIX^e siècle³, puis à l'expiration d'un délai raisonnable d'acceptation aux XX^e et XXI^e siècles⁴. Ainsi, à la veille de l'ordonnance du 10 février 2016, cette jurisprudence était illustrée par deux arrêts de la Cour de cassation. Un arrêt du 20 mai 2009 censura des juges du fond pour manque de base légale, pour avoir reconnu la conclusion d'un contrat, sans rechercher si l'acceptation était intervenue dans le délai raisonnable nécessairement contenu dans toute offre de vente non assortie d'un délai précis⁵. Un autre arrêt, du 27 avril 2011, approuva des juges du fond d'avoir retenu qu'une offre d'achat faite sans délai, devait être acceptée dans un délai raisonnable, souverainement apprécié, au terme duquel celle-ci devenait caduque⁶.

Néanmoins, selon nous, ces décisions n'exigeaient pas un maintien de l'offre pendant un délai raisonnable, mais prévoyaient en l'absence de terme extinctif de l'effet de conclusion de l'offre que cette dernière s'éteignait dans un délai moral ou raisonnable. Certaines soutenaient même que cette extinction était une caducité⁷. Or, ces décisions, par souci d'équité, voulaient éviter qu'un offrant ne pût voir se conclure un contrat, par une acceptation intervenant à un moment où vraisemblablement il n'avait plus la volonté de conclure le contrat projeté. Aussi, ces décisions se fondaient sur une présomption de révocation de l'offre sans délai exprès à l'expiration d'un délai raisonnable d'acceptation. En revanche, elles ne mentionnaient ni de sanction de la rétractation de l'offre par la responsabilité délictuelle ni d'inefficacité de la révocation pendant ce délai. En effet, il y avait ici confusion doctrinale entre trois délais : le

¹ RTD civ. 2005, p. 772, obs. J. Mestre et B. Fages ; D. 2008, p. 1480, obs. G. Forest ; RDC 2008, p. 1109, obs. T. Genicon ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 268 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 118 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 140 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 59 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 127 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 744 et s.

² C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 99.

³ CA Paris, 12 juin 1869 : DP 1870, 2, p. 6 ; Cass. req. 28 févr. 1870 : DP 1871, I, p. 61 ; Cass. req. 27 juin 1894 : DP 1894, I, p. 432.

⁴ Cass. 3^e civ. 8 févr. 1968, n° 65-10.600 : Bull. civ. III, n° 52 ; Cass. 3^e civ., 10 mai 1972, n° 65-10.600 : Bull. civ. III, n° 297 ; RTD civ. 1972, p. 773, obs. Y. Loussouarn ; Cass. com., 6 févr. 1973, n° 72-10.140 : Bull. civ. IV, n° 65 ; Cass. 3^e civ., 21 oct. 1975, n° 74-11.599 : Bull. civ. III, n° 302 ; D. 1976, IR 20 ; Cass. com., 27 mars 1990 ; Cass. 3^e civ., 20 mai 1992, n° 90-17.647 : Bull. civ. III, n° 164 ; D. 1992, somm. p. 397, obs. J.-L. Aubert ; D. 1993, jurisp. p. 493, note G. Virassamy ; RTD civ. 1993, p. 345, obs. J. Mestre ; Cass. 3^e civ., 25 mai 2005, n° 03-19.411 : Bull. civ. III, n° 117 ; D. 2005, panor. 2837, obs. S. Amrani-Mekki ; JCP 2005, I, 172, n° 1, obs. P. Grosser ; Contrats, conc., consom. 2005, comm. 166, obs. L. Leveneur ; RTD civ. 2005, p. 772, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2005, p. 1071, obs. F. Collart Dutilleul ; RDC 2006, p. 311, obs. D. Mazeaud.

⁵ Cass. 3^e civ., 20 mai 2009, n° 08-13.230 : Bull. civ. III, n° 118 ; RTD civ. 2009, p. 524, obs. B. Fages ; AJDI 2009, p. 898, obs. F. Cohet-Cordey ; Contrats, conc., consom. 2009, comm. 214, obs. L. Leveneur ; Gaz. Pal. 12 août 2009, p. 9, obs. A. Dumery ; RLDC 2009/62, n° 3486, obs. V. Maugeri ; RDC 2009, p. 1325, obs. Y.-M. Laithier ; Gaz. Pal. 6 janv. 2010, p. 19, obs. D. Houtcieff ; LPA 2009, n° 220, p. 7, obs. C. Juillet.

⁶ Cass. com., 27 avr. 2011, n° 10-17.177, inédit.

⁷ Cass. com., 27 mars 1990 ; Cass. 3^e civ., 20 mai 1992, n° 90-17.647 : Bull. civ. III, n° 164 ; D. 1992, somm. p. 397, obs. J.-L. Aubert ; D. 1993, jurisp. p. 493, note G. Virassamy ; RTD civ. 1993, p. 345, obs. J. Mestre ; Cass. com., 27 avr. 2011, n° 10-17.177, inédit.

délai à l'expiration duquel l'anéantissement de l'offre sans délai exprès pouvait être constaté par le juge ; le délai durant lequel la révocation de l'offre ne contenant pas d'obligation de ne pas l'anéantir constituait une faute délictuelle ; et le délai durant lequel la volonté de révocation de l'offre contenant une telle obligation de ne pas l'anéantir était inefficace. Or, l'offre était avant 2016 un acte juridique unilatéral, avec pour effet essentiel, toujours présent en elle, un effet de conclusion, et pour effet accessoire, insérable en elle par la volonté de l'offrant, une obligation de non-anéantissement. En conséquence, une offre ne comportait normalement aucune obligation de ne pas l'anéantir, donc en l'absence de cette obligation, imposée par le législateur ou créée par la volonté de l'offrant, il était impossible d'imposer une obligation de non-anéantissement de l'offre pendant un délai raisonnable, sinon la liberté individuelle aurait été violée et la volonté de l'offrant dénaturée.

238. Le quatrième groupe. Des décisions rattachées à la révocation de l'offre en doctrine opposait, le principe selon lequel l'offre pouvait être rétractée tant qu'elle n'avait pas été acceptée, à une exception selon laquelle il en allait autrement au cas où l'offrant s'était engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque.

En premier lieu, ce groupe était constitué de quatre arrêts de la Cour de cassation.

Le premier, du 17 décembre 1958, affirma : « si une offre de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est expressément ou implicitement engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque¹ ». Puis, il constata l'interprétation souveraine des juges du fond, d'une part, d'une lettre indiquant la volonté de vendre un chalet pour 2,5 millions de francs et autorisant son destinataire à visiter celui-ci, comme une offre avec obligation tacite de la maintenir jusqu'à la visite, et d'autre part, de la conclusion du contrat de vente par son acceptation intervenue en l'absence de révocation possible de l'offre et de vente à un tiers.

Les deux arrêts suivants, du 10 mai 1968, confirmèrent que « si une offre de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est expressément engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque² ». Ici, étant donné que le 24 octobre 1963, un propriétaire avait donné jusqu'au 15 décembre 1963 « option » pour la vente d'un bien à X, lequel avait levé « l'option » le 22 novembre 1963, la Cour de cassation considéra que l'offrant s'était engagé à ne pas retirer son offre, avant

¹ Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1958 : Bull. civ. I, n° 579 ; D. 1959, jurispr. p. 33 ; RTD civ. 1959, p. 336, obs. J. Carbonnier.

² Cass. 3^e civ., 10 mai 1968, n° 66-13.186 et n° 66-13.187 : Bull. civ. III, n° 209.

d'approuver les juges du fond ayant décidé que l'acceptation du 22 novembre avait formé le contrat de vente, peu important le refus de vente postérieur.

Le dernier arrêt, du 7 mai 2008, confirma que « si une offre d'achat ou de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque¹ ». Puis, il affirma qu'ici les juges avaient constaté l'existence d'un délai d'acceptation jusqu'au 27 juin 2000, dont il résultait que l'offrant s'était engagé à maintenir son offre jusqu'à cette date, si bien que fut violé l'ancien article 1134 du Code civil par la reconnaissance de la validité de la rétractation de l'offre du 26 juin.

En second lieu, ces arrêts furent interprétés très diversement².

Or, les arrêts de 1958 et 1968 ne permettaient pas de trancher, parce que les faits et les solutions n'étaient pas clairs. En revanche, l'arrêt du 7 mai 2008 affirma que les juges du fond avaient violé l'ancien article 1134 du Code civil en retenant la validité de la révocation intervenue avant le délai durant lequel l'offrant s'était engagé à la maintenir, et en accordant la restitution du dépôt de garantie réalisée lors de l'offre d'achat. Or ce raisonnement et ce visa ne peuvent s'expliquer que par le fait que l'offre constituait un acte unilatéral obligatoire, avec pour conséquences, d'abord l'inefficacité de la volonté de l'offrant par application par analogie à l'acte unilatéral obligatoire, du principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat de l'alinéa 2 de cet ancien article 1134, et ensuite la nécessité de respecter la force obligatoire du contrat formé par l'acceptation intervenue avant l'expiration de ce délai. C'est pourquoi la première affirmation selon laquelle l'offre pouvait en principe être rétractée tant qu'elle n'avait pas été acceptée, était la confirmation du principe d'efficacité de la volonté de l'offrant de révoquer l'offre ne contenant pas d'obligation de ne pas l'anéantir. Symétriquement, la seconde affirmation selon laquelle il en était autrement au cas où celui de

¹ Cass. 3^e civ., 7 mai 2008, n° 07-11.690 : Bull. civ. III, n° 79 ; D. 2008, p. 1480, obs. G. Forest ; D. 2008, p. 2965, S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2008, p. 474, obs. B. Fages ; Contrats, conc. consom. 2008, comm. 194, L. Leveneur ; JCP G 2008, I, doct. 179, n° 1, obs. Y.-M. Serinet ; RDC 2008, p. 1109, obs. T. Genicon ; RDC 2008, p. 1239, obs. F. Collart Dutilleul ; D. 2009, chron. p. 440, M.-L. Mathieu-Izorche ; LPA 25 févr. 2009, p. 6, C. Juillet ; Rev. Lamy dr. civ., avr. 2009, n° 59, note E. Burdin ; Dr. et patr., févr. 2009, p. 122, obs. L. Aynès et P. Stoffel-Munck ; Constr. Urb. 2010, comm. 214, C. Sizaire.

² J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46 et s., n° 20 ; D. Lefort, *La rétractation des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 2, 1980, n° 96 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 131 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 24 et 31 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 265 et s. ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-39 et 135-41 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 118 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 859 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 72 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 59 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 140 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 99 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 744 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 50 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 127 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 75 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier,

qui elle émanait s'était engagé à ne pas la retirer, devait être comprise par opposition à la première, comme la reconnaissance de l'inefficacité de la volonté de l'offrant de révoquer l'offre lorsque cette dernière contenait une obligation de ne pas l'anéantir.

D'ailleurs, cette possibilité pour l'offre de contenir une obligation de ne pas la retirer était déjà suggérée par un arrêt de la cour d'appel de Paris, du 13 mars 1917, considérant qu'en faisant une offre de vente de sacs de sucre, au vu de l'usage parisien, l'offrant s'était interdit de révoquer son offre expiration d'un délai suffisant, si bien que la révocation de cette offre était « sans valeur » et que le contrat avait été formé par l'acceptation postérieure¹. Or, la seule explication possible de l'inefficacité de la révocation de l'offre était sa nature d'acte unilatéral obligatoire en raison de la présence de cette obligation de ne pas l'anéantir.

239. L'analyse des quatre groupes. La jurisprudence rattachée par la doctrine à la révocation de l'offre, avant l'ordonnance de 2016, continue de s'appliquer aux offres antérieures au 1^{er} octobre 2016 et comporte deux grandes hypothèses. La première, très majoritaire, est celle de l'offre contenant seulement son effet essentiel de conclusion, sans son effet accessoire qu'est l'obligation de ne pas l'anéantir : elle est régie par un principe d'efficacité de la volonté de révoquer cette offre affirmé par une première série de décisions, atténué rarement par l'application de la responsabilité délictuelle à la révocation fautive par une deuxième série de décisions peu nombreuses, à distinguer de la troisième série de décisions relatives au délai raisonnable avant l'extinction de l'offre. La seconde hypothèse, très minoritaire, est celle de l'offre contenant son effet essentiel de conclusion, ainsi que son effet accessoire qu'est l'obligation de ne pas l'anéantir : elle est régie par une exception d'inefficacité de la volonté de révocation de l'offre affirmée par une quatrième série de décisions. Toutefois, les analyses doctrinales étaient éloignées de ces idées.

B. Les analyses doctrinales des règles de révocation de l'offre antérieures à la réforme

240. Il est intéressant d'étudier de manière générale les analyses doctrinales des sources relatives à la révocation de l'offre avant l'ordonnance du 10 février 2016 (1), puis de détailler les analyses doctrinales favorables à l'application de la responsabilité délictuelle à la révocation de l'offre, avant cette ordonnance, laquelle l'a consacrée (2).

1. Les analyses diverses des règles de révocation de l'offre avant la réforme de 2016

1^{re} éd., 2015, n° 152 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 470.

¹ CA Paris, 13 mars 1917 ; Gaz. Pal. 1916-1917, p. 978.

241. Les analyses doctrinales de la jurisprudence. Avant l'ordonnance du 10 février 2016, la doctrine reconnaissait largement le principe de la révocabilité de l'offre¹, ou de la liberté de révocation de l'offre², même si certains auteurs s'interrogeaient sur l'existence même de ce principe en raison de ses limites³. Aussi, certains auteurs mentionnaient l'application pleine de ce principe avant la réception de l'offre⁴. Or, ces expressions de révocabilité ou de liberté de révocation de l'offre étaient imprécises et susceptibles de désigner, soit l'efficacité de la volonté de révocation de l'offre, soit l'absence de caractère fautif de la révocation. Corrélativement, les limites à la révocabilité ou à la liberté de révocation étaient susceptibles de renvoyer tant au caractère fautif de la volonté efficace de révoquer l'offre, qui était une atténuation de son efficacité, qu'à l'inefficacité de cette volonté de révoquer l'offre, qui était une exception à cette efficacité. Or, ces limites étaient la présence d'un délai exprès ou raisonnable.

La première limite au principe de révocabilité ou de libre révocation de l'offre résultait de la présence d'un délai exprès pour la doctrine, qui était divisée.

Primo, certains auteurs considéraient qu'il existait une limite au principe de libre révocation de l'offre lorsque celle-ci contenait un délai : celle-ci constituait alors pour eux un engagement unilatéral. Cependant, la manifestation de volonté de révoquer cette offre était pour eux inefficace⁵, ou engageait la responsabilité délictuelle⁶.

Secundo, d'autres auteurs considéraient que la jurisprudence posait une limite à la

¹ E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, t. 7, 1873, n° 10 bis I ; L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 60 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, art. 1101, n° 13 ; M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 130 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif*, t. 2, 3^e éd., Sirey, 1939, n° 47 ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 4^e éd., 1952, n° 331 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 119 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 117 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 72 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 95 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 470.

² J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46 et s., n° 15 ; D. 2005, panor. 2837, obs. S. Amrani-Mekki ; RDC 2008, p. 1109, obs. T. Genicon ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 265 et s. ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 29 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-35 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 744 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 59 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 140 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{er} éd., 2015, n° 148.

³ RDC 2009, p. 1325, obs. Y.-M. Laithier ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 856 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 127 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 75.

⁴ C. Darquer, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1885, p. 144 ; C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, 1900, p. 470 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 482 ; S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français*, th. Toulouse, 1991, LGDJ, 1997, p. 94 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 123 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art.1109, Consentement*, sept. 2012, n° 29 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-39 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 856 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 118 ; C. Larroumet et S. Bros, *Le contrat*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 96.

⁵ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art.1109, Consentement*, sept. 2012, n° 24, 29, 30 et 31 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 140 et s.

⁶ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 470.

révocabilité de l'offre en présence d'un délai inséré par l'offrant, sur le fondement de la responsabilité délictuelle avec allocation de dommages-intérêts¹, ou inefficacité², ou sur le fondement de la réalisation forcée du contrat³.

Tertio, des auteurs proposèrent de distinguer le délai d'acceptation et le délai de maintien⁴, le délai implicite de maintien et le délai de caducité⁵, la durée de validité de l'offre et le pouvoir de révocation⁶, ou le délai de validité ou d'efficacité et le délai d'irrévocabilité⁷.

À l'analyse, il y avait ici une importante confusion entre deux types de délais. Plus précisément, si une personne créait une offre avec un délai, sans autre précision, elle manifestait une volonté de contracter, c'est-à-dire de produire un effet de conclusion : ce délai n'était qu'un terme extinctif de cet effet et de l'offre et ne constituait pas une manifestation de volonté de créer une obligation de ne pas anéantir l'offre. Par suite, l'offre pouvait ne pas contenir de délai d'extinction attaché à son effet de conclusion et constituant un terme extinctif de cet effet, auquel cas elle était à durée indéterminée, mais elle pouvait aussi contenir un délai d'extinction attaché à cet effet de conclusion, qui constituait un terme extinctif de l'effet de conclusion et de l'offre qui était alors à durée déterminée. Cependant, dans les deux cas, la volonté de révoquer l'offre était efficace puisque cette dernière était un acte juridique unilatéral en principe non obligatoire. Or, cette efficacité de la volonté de révoquer l'offre pouvait s'accompagner de sa qualification en faute délictuelle par le juge. Inversement, l'offrant manifestait exceptionnellement une volonté de produire à la fois un effet de conclusion et une obligation de ne pas anéantir l'offre, alors l'offre constituait un acte unilatéral obligatoire et la volonté de l'offrant de la révoquer était inefficace, par application du principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat à l'acte unilatéral obligatoire.

La seconde limite au principe de révocabilité ou de libre révocation de l'offre résultait de l'exigence de respect d'un délai raisonnable, fondée par la majorité de la doctrine sur la

¹ D. 2005, panor. 2837, obs. S. Amrani-Mekki ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 124, 128, 134 et 135 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-39 et 135-41 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 859 et s. ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 95 et s. ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 75.

² P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 72 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 118 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 127.

³ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 744 et s. ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 59.

⁴ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 33.

⁵ P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 142.

⁶ RDC 2009, p. 1325, obs. Y.-M. Laithier.

⁷ C. Grimaldi, *La durée de l'offre*, D. 2013, p. 2871 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 49 ; B. Haftel, *La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, Gaz. Pal. 30 avr. 2015, n° 120, p. 8 et s. ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 71 et s.

responsabilité délictuelle, avec pour sanction des dommages-intérêts¹. Or, dans la deuxième série d'arrêts rattachés par la doctrine à la révocation de l'offre, qui étaient présentés comme l'application de la responsabilité délictuelle à cette révocation, rares étaient les arrêts sanctionnant sur ce fondement la volonté efficace de révocation de l'offre avant l'expiration d'un délai raisonnable. De plus, la troisième série d'arrêts rattachés à la révocation de l'offre, présentés comme exigeant le maintien de l'offre pendant un délai raisonnable, ne faisait que reconnaître l'extinction de l'offre à l'expiration d'un délai raisonnable, sans exiger de maintien pendant ce délai.

242. Les analyses doctrinales des textes avec délai de maintien. Diverses lois prévoyaient que des offres devaient être maintenues et furent interprétées diversement.

Cinq textes exigeaient et exigent encore aujourd'hui le maintien de certaines offres.

Primo, les articles L311-8 ancien et L312-18 du Code de la consommation énoncent que la remise ou l'envoi de l'offre de crédit à la consommation oblige le prêteur à maintenir les conditions proposées pendant une durée minimale de quinze jours. Or, les travaux préparatoires de ces dispositions ne précisent pas la sanction de l'irrespect cet engagement².

Secundo, les articles L312-10 ancien et L313-34 du Code de la consommation disposent que l'envoi de l'offre de crédit immobilier oblige le prêteur à maintenir les conditions indiquées, pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception. Plus précisément, cette disposition fut créée par la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979, dont les travaux préparatoires indiquent qu'il s'agit de « la durée minimale de validité de l'offre » sans mention d'une sanction de l'irrespect de cette dernière³, et elle fut étendue au contrat de location-vente⁴.

Tertio, les articles L314-6 ancien et L315-10 Code de la consommation affirment que la remise de l'offre de prêt viager hypothécaire oblige le prêteur à maintenir ses conditions pendant une durée minimale de trente jours à compter de son émission. Or, le rapport sur l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, qui est à l'origine de ces

¹ D. 2005, panor. 2837, obs. S. Amrani-Mekki ; RDC 2005, p. 1071, obs. F. Collart Dutilleul ; RDC 2006, p. 311, obs. D. Mazeaud ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 124, 128, 134 et 135 ; D. 2008, p. 1480, obs. G. Forest ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 24, 29, 30 et 31 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 72 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 118 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-39 et 135-41 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 860 et s. ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 127 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 140 et s. ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 95 et s. ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 75 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 470.

² Texte Sénat n° 349, 1975-1976 ; JOAN 1977-1978, n° 81, 7 oct. 1977, p. 5934 et s.

³ Texte Sénat n° 275, 1977-1978 ; Rapp. Sénat n° 376, 1977-1978, p. 16 ; JO Sénat 1978, n° 41, 14 juin 1978, p. 1306 et s. ; JOAN 1979, n° 48, 8 juin 1979, p. 4779 et s.

⁴ JO Sénat 1978, n° 41, 14 juin 1978, p. 1317 et s. ; JOAN 1979, n° 48, 8 juin 1979, p. 4798.

articles, ne précise pas de sanction de l'irrespect de l'absence de maintien pendant ce délai.

Quarto, l'article 23 de la loi n° 84-595 du 12 juillet 1984 définissant la location-accession à la propriété immobilière exige du vendeur ayant notifié le projet de contrat de location-accession un mois au moins avant la date de sa signature, le maintien des conditions du projet de contrat jusqu'à cette date. Or, ses travaux préparatoires ne précisent pas de sanction du non-maintien¹.

Quinto, l'article L642-2 du Code de commerce, créé par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, affirme que l'offre de reprise d'une entreprise en liquidation judiciaire ne peut être retirée par son auteur jusqu'à la décision du tribunal arrêtant le plan. Or, selon ses travaux préparatoires, il a « pour objet de rétablir l'irrévocabilité et l'intangibilité des offres de reprises » contenues auparavant dans l'ancien article 621-57 du Code de commerce, qui interdisait dans la procédure de redressement judiciaire de « retirer l'offre de reprise après la date de dépôt du rapport de l'administrateur », si bien que son auteur restait lié par elle².

Dans un deuxième temps les analyses doctrinales de ces textes étaient diverses.

D'abord, certains auteurs considéraient qu'avec le délai légal, l'offre constituait un engagement unilatéral³, si bien que sa révocation devait être inefficace⁴, ou sanctionnée par des dommages-intérêts⁵. Toutefois, un acte unilatéral obligatoire est une manifestation de volonté de créer une obligation. Or, dans les cas précités, une telle manifestation était inexistante, car c'est la loi qui imposait le maintien ou la non-rétractation de l'offre.

Ensuite, des auteurs saisissaient l'offre avec délai légal comme une promesse de contrat, un avant-contrat⁶. Néanmoins, il n'existait dans les cas précités aucune promesse de contrat, qu'elle fût formée par la rencontre de volontés de la conclure ou par l'effet de la loi.

Par ailleurs, sans reconnaître l'existence d'un acte unilatéral obligatoire ou d'une promesse de contrat, des auteurs soutenaient que la révocation de l'offre avec délai légal était sanctionnée par des dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité délictuelle⁷, alors que d'autres analysèrent la volonté de révocation de l'offre avec délai légal comme inefficace⁸, ou

¹ Rapp. AN n° 1619, 1983 ; JOAN 19 oct. 1983, p. 4200 ; Rapp. Sénat n° 244, 1983-1984, p. 37.

² Texte n° 1596, AN, 12 mai 2004 ; Texte n° 392, AN, 8 mars 2005 ; Rapp. Sénat n° 335, 2004-2005 ; JO Sénat 2005, n° 59, p. 4889, amendement n° 117.

³ D. 2008, p. 2969, obs. S. Amrani-Mekki ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 179.

⁴ JCP G 2008, I, doct. 179, n° 6, obs. Y.-M. Serinet ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 54 et 118.

⁵ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 24, 29, 30 et 31.

⁶ P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 107, 108 et 109.

⁷ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 858 et s. ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 75.

⁸ A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 59.

impossible¹. Or, seuls les travaux préparatoires de l'article L642-2 du Code de commerce évoquaient une irrévocabilité de l'offre et le fait que l'offrant restait lié par l'offre, donc cet article rendait inefficace la manifestation de volonté de révoquer l'offre de reprise et constituait une exception au principe d'efficacité de la volonté de révoquer l'offre ne contenant pas d'obligation de ne pas l'anéantir. En revanche, les autres textes et leurs travaux préparatoires ne mentionnaient ni la nature ni la sanction de l'irrespect de cette exigence de maintien. Aussi, il fallait considérer que la révocation de l'offre était efficace mais constituait une faute délictuelle, en tant que comportement illicite, sur le fondement de la responsabilité délictuelle ; donc ces textes constituaient des atténuations du principe d'efficacité de la volonté de révoquer l'offre ne contenant pas d'obligation de ne pas l'anéantir.

243. Les analyses doctrinales des textes sans délais de maintien. Des auteurs ont vu dans certaines lois des exigences de maintien d'offre, sans convaincre.

Primo, l'article L444-8 du Code de l'éducation interdisant l'acceptation du contrat d'enseignement à distance avant l'expiration d'un délai de sept jours à compter de sa réception, fut interprété comme créant une obligation de ne pas l'anéantir durant ce temps². Pourtant, ses travaux préparatoires n'évoquent pas d'exigence de maintenir l'offre³.

Secundo, l'article L271-1 du Code de la construction et de l'habitation affirme que l'acte authentique ne peut être signé pendant un délai de 10 jours à compter de la notification ou de la remise d'une offre de différents contrats de construction et d'acquisition d'immeubles à usage d'habitation. Or, ses travaux préparatoires indiquent qu'un délai de rétractation était incompatible avec un acte authentique et qu'il fallait instaurer un délai de réflexion préalable à la signature, sans mentionner d'exigence de maintien de l'offre⁴.

Tertio, l'article L121-18 du Code de la consommation exigeait de l'auteur d'une offre de contrat de vente de biens et fournitures de prestations de services à distance, qu'il indiquât sa durée de validité. Or, il fut interprété comme créateur d'un acte unilatéral obligatoire à la révocation sanctionnée par des dommages-intérêts⁵. Cependant, ce délai de validité était seulement un délai au terme duquel l'offre s'éteignait, comme l'indique le rapport relatif à l'ordonnance n° 2001-741 selon lequel le fournisseur devait donner au consommateur des

¹ S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français*, th. Toulouse, 1991, LGDJ, 1997, p. 100 et s.

² P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 107.

³ JOAN 1971, n° 63, 29 juin 1971, p. 3474 et s. ; JOAN 1971, n° 64, 30 juin 1971, p. 3504 et s. ; JO Sénat 1971, n° 39, 1^{er} juill. 1971, p. 1544 et s. ; L. n° 71-556, 12 juill. 1971, art. 9.

⁴ JOAN 2000, n° 61, 30 juin 2000, p. 6139 et s. ; L. n° 2000-1208, 13 déc. 2000.

⁵ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code*, Art. 1109, *Consentement*, sept. 2012, n° 24, 29, 30 et 31.

informations préalables, sans mentionner une quelconque exigence de maintien de l'offre¹.

Quarto, l'article 1127-1 du Code civil affirme que l'offre électronique réalisée par un professionnel engage tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait. Or, il fut interprété comme instituant un délai implicite de maintien². Toutefois, aucune exigence de maintien n'existait selon ses travaux préparatoires : le but de cet article était d'éviter qu'un contrat ne fût conclu si l'offre restait en ligne pour une raison technique étrangère à l'offrant ou en cas de survenance de son décès ou de son incapacité³.

En définitive, avant l'ordonnance du 10 février 2016, les analyses doctrinales des règles régissant l'offre étaient très diverses. Parallèlement, l'étude des analyses doctrinales favorables à l'application de la responsabilité délictuelle à la révocation de l'offre, avant cette ordonnance, est très intéressante car cette dernière l'a consacrée.

2. Les analyses délictuelles des règles de révocation de l'offre avant la réforme de 2016

244. Le fondement de la responsabilité. Trois théories proposèrent d'encadrer la révocation de l'offre par la responsabilité délictuelle, avant l'ordonnance de 2016.

Premièrement, reprenant Pothier⁴, de nombreux auteurs proposèrent d'encadrer la révocation de l'offre par la responsabilité civile délictuelle⁵. Ainsi, ils exigeaient de l'auteur de la révocation fautive, la réparation des préjudices causés par celle-ci. Plus précisément, ils considéraient que la faute de l'offrant résultait de la rétractation elle-même⁶, des circonstances diverses de celle-ci⁷, de la survenance de celle-ci avant un délai fixé ou d'un délai

¹ JORF n° 196, 25 août 2001, page 13642.

² B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 24, 29, 30 et 31 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 115.

³ Avis AN n° 608, 11 fév. 2003 ; C civ., ancien art. 1369-1 ; L. n° 2004-575, 21 juin 2004 ; C civ., ancien art. 1369-4 ; Ord. n° 2005-674, 16 juin 2005.

⁴ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, 1772, t. 1, n° 32.

⁵ J.-M. Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. 1, 1814, n° 250 ; A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 16, 1833, n° 45 ; C.-S. Zachariae, *Cours de droit civil français*, t. 2, 1839, p. 465, n. 4 ; R.-T. Troplong, *De la vente*, 1844, n° 27 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, art. 1101, n° 24 ; C. Darquer, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1885, p. 143 ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 101 et s. ; M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 134 ; T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, 1894, n° 13 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 483 ; R. Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, RTD civ. 1907, p. 697 et s. ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 4^e éd., 1952, n° 334 ; J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46 et s., n° 19 et 20 ; D. 1977, jurispr. p. 593, note J. Schmidt-Szalewski ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 72 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 119 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 99 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 470 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 75 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 152.

⁶ L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, art. 1101, n° 24 ; C. Darquer, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1885, p. 143.

⁷ J.-M. Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. 1, 1814, n° 250 ; C.-S. Zachariae, *Cours de droit civil français*, t. 2, 1839, p. 465, n° 4 ; R.-T. Troplong, *De la vente*, 1844, art. 1582, n° 27 ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 105 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 483.

raisonnable¹, ou sans délai². Or, leur idée fut critiquée par divers auteurs, selon lesquels elle comportait une contradiction, car la faute délictuelle supposait une obligation préexistante non respectée, si bien que l'application de la responsabilité délictuelle ici exigeait une violation d'une obligation préexistante de maintien ou de non-révocation de l'offre, que les auteurs excluaient dans leur postulat en écartant l'existence d'un acte unilatéral obligatoire³. Néanmoins, cette critique n'emporte pas l'adhésion, car la faute délictuelle est un comportement contraire à celui d'un standard, qui n'exige pas d'obligation préexistante, entendue comme lien de droit, unissant un créancier et un débiteur et obligeant le second au profit du premier à faire ou ne pas faire quelque chose, ou transférer la propriété d'un bien. En conséquence, comme cela fut affirmé avant 2016, la faute délictuelle lors de la révocation de l'offre n'était pas la violation d'une obligation préexistante de maintien ou de non-révocation de l'offre, mais un comportement social défectueux saisi comme faute délictuelle⁴. Deuxièmement, afin d'échapper aux critiques sur l'application de la responsabilité délictuelle à la révocation de l'offre, Chabas affirma, dans sa thèse de 1931, relative à la déclaration de volonté⁵, que la faute délictuelle résidait non dans la révocation de l'offre, mais dans la création d'une volonté de contracter constituant une apparence dommageable pour autrui, qui paraissait sérieuse et définitive et dont la révocation démontrait qu'elle ne l'était pas⁶. Or, sa construction fut approuvée⁷, mais aussi critiquée⁸. Néanmoins, l'offre, qui est par la suite

¹ G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 4^e éd., 1952, n° 334 ; J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46 et s., n° 19 et 20 ; D. 1977, jurispr. p. 593, note J. Schmidt-Szalewski ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 72 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 119 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 99 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 470 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 75 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 152.

² J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 142 et s.

³ L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 63 ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 15, 1875, n° 481 ; G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 151 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 121 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 85 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 553, p. 163 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 28 ; J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, th. Toulouse, 1949, LGDJ, 1951, n° 274 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 94 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 113 ; G. Wicker, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. Perpignan, 1994, LGDJ, 1997, n° 115 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 70 ; C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th. Paris 2, 2005, Defrénois, 2006, n° 714 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 134 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 119 ; J. Antippas, *De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué*, RTD civ. 2013, p. 27, n° 1 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 851 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-55 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 142 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 127.

⁴ P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 134 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 119 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 99.

⁵ J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, p. 182 et s.

⁶ J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, p. 184.

⁷ J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46 et s., n° 16.

⁸ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 94 ; G. Wicker, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. Perpignan, 1994, LGDJ, 1997, n° 115 ; C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th. Paris 2, 2005, Defrénois, 2006, n° 716.

révoquée, n'est pas en raison de cette révocation un comportement défectueux, car si la faute réside dans la manifestation de ce consentement, celle-ci s'apprécie lors de cette manifestation et non de manière rétrospective lors de la révocation. Par conséquent, ici l'éventuelle faute à rechercher est bien relative à la révocation. En revanche, la création d'une offre peut être parfois une faute délictuelle, indépendamment de sa révocation postérieure.

Troisièmement, à la suite de Josserand¹, Martin de la Moutte affirma, dans sa thèse de 1949, relative à l'acte unilatéral², que si l'offrant avait le droit de révoquer son offre librement et devait réparer les dommages causés par l'éventuel abus qu'il commettait lors de cette révocation, avec les critères classiques qui sont très variables et relatifs aux circonstances³, ou aux délais exprès ou raisonnable⁴. Ainsi, ce recours à la théorie de l'abus de droit fut approuvé⁵, mais aussi désapprouvé⁶. De plus, il proposa de reconnaître ici une responsabilité objective, sans faute⁷. Cependant, aucun article du Code civil ne pouvait fonder cette responsabilité objective. À l'inverse, la théorie de l'abus de droit n'est qu'une application de la responsabilité délictuelle à l'exercice d'un droit, si bien que ce troisième courant est identique au premier.

245. Les préjudices. Les auteurs divergeaient sur les préjudices réparables, mais la question fondamentale du lien de causalité n'était pas étudiée.

Primo, ils considéraient que les dépenses engendrées par la réception de l'offre constituaient des pertes réparables⁸, mais ces dépenses étaient antérieures à la révocation et donc ne pouvaient être en lien de causalité avec la faute commise lors de la révocation.

Secundo, ils pensaient que les dépenses engagées pour l'exécution du contrat offert étaient des

¹ L. Josserand, *Cours de droit civil positif*, t. 2, Sirey, 3^e éd., 1939, n° 49.

² J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, th. Toulouse, 1949, LGDJ, 1951, n° 315 et s.

³ L. Josserand, *Cours de droit civil positif*, t. 2, 3^e éd., Sirey, 1939, n° 49 ; J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, th. Toulouse, 1949, LGDJ, 1951, n° 315 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 113 ; S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français*, th. Toulouse, 1991, LGDJ, 1997, p. 99 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 135 et 365 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 73 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 30.

⁴ J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, th. Toulouse, 1949, LGDJ, 1951, n° 315 ; A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, th. Strasbourg, 1959, LGDJ, 1961, n° 448 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 30 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 267 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 119 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 99.

⁵ A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, th. Strasbourg, 1959, LGDJ, 1961, n° 448 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 113 ; S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français*, th. Toulouse, 1991, LGDJ, 1997, p. 99 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 365 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 73 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V^o Consentement*, avr. 2007, n° 134 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 30.

⁶ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 95 ; G. Wicker, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. Perpignan, 1994, LGDJ, 1997, n° 116.

⁷ J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, th. Toulouse, 1949, LGDJ, 1951, n° 316.

⁸ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 1, 1772, n° 32 ; J.-M. Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. 1, 1814, n° 250 ; A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 16, 1833, n° 45.

préjudices réparables¹. Cependant, il n'existait pas de lien de causalité entre la faute résidant dans la révocation de l'offre et ces dépenses antérieures à celle-ci.

Tertio, ces auteurs englobaient dans les préjudices réparables, toute perte causée au destinataire de l'offre révoquée². Toutefois, si la faute résidait dans la révocation, seules les pertes postérieures à la révocation et causées par cette dernière étaient réparables.

Quarto, ils saisissaient comme préjudices réparables, le gain manqué en général et la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers en particulier³. Or, la conclusion et l'exécution du contrat offert étaient purement éventuelles jusqu'à la révocation parce que la volonté de révoquer l'offre était efficace et en raison de l'absence d'acceptation. Par suite, le fait de ne pas obtenir le gain attendu de la conclusion et de l'exécution du contrat offert ne constituait pas un préjudice certain, sous l'angle de la perte éprouvée en raison de l'absence d'amoindrissement patrimonial, ou sur le plan du gain manqué puisque le gain était purement éventuel. Parallèlement, les chances de conclure et d'obtenir le gain inhérent à l'exécution du contrat offert étaient purement éventuelles et les pertes de ces chances n'étaient pas réparables. D'ailleurs, le même raisonnement valait pour les contrats avec un tiers manqués.

Quinto, les préjudices moraux causés par la révocation, dont la déception et l'atteinte à la réputation, étaient réparables comme cela fut proposé ponctuellement⁴.

246. Les effets. Ceux-ci étaient débattus entre conclusion et dommages-intérêts.

D'une part, certains auteurs affirmaient que la responsabilité délictuelle permettait de parvenir à la conclusion du contrat offert par une réparation en nature, sous forme de privation de la révocation d'effets⁵, ou sous forme de conclusion forcée⁶, par la possibilité de tenir la révocation pour inefficace pour permettre d'obtenir la conclusion forcée⁷, par l'exécution en

¹ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 1, 1772, n° 32 ; J.-M. Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. 1, 1814, n° 250 ; A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 16, 1833, n° 45 ; C.-S. Zachariae, *Cours de droit civil français*, t. 2, 1839, p. 465, n. 4 ; R.-T. Troplong, *De la vente*, 1844, art. 1582, n° 27 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, art. 1101, n° 24 ; C. Darquer, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1885, p. 143 ; M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 134.

² J.-M. Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. 1, 1814, n° 250 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, art. 1101, n° 24 ; C. Darquer, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1885, p. 143 ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 106.

³ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 1, 1772, n° 32 ; J.-M. Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. 1, 1814, n° 250 ; A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 16, 1833, n° 45 ; R.-T. Troplong, *De la vente*, 1844, art. 1582, n° 27 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, art. 1101, n° 24 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, art. 1101, n° 24 ; C. Darquer, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1885, p. 143 ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 106 ; T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, 1894, n° 13.

⁴ D. Lefort, *La rétractation des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 2, 1980, n° 97.

⁵ J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 142.

⁶ G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 4^e éd., 1952, n° 334 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 861.

⁷ B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 75.

nature consistant à obliger l'auteur de l'offre à contracter¹, par une injonction de contracter et d'un jugement valant contrat², ou par l'invocation de l'offre et du bénéfice de l'opération³. Néanmoins, nous ne partageons pas ces idées, car en l'absence d'obligation de ne pas anéantir l'offre, insérée dans cette dernière par l'offrant, la responsabilité délictuelle ne pouvait anéantir ou rendre inefficace la manifestation de volonté fautive de révoquer l'offre puisque cette responsabilité répare les conséquences dommageables causées par une faute, sans anéantir cette dernière. De plus, la responsabilité délictuelle ne pouvait forcer la conclusion du contrat offert puisque l'offre avait été anéantie par sa révocation, donc le consentement de l'offrant n'existait plus et la manifestation de ce dernier ne pouvait être forcée, si bien que sans le consentement de l'offrant, la conclusion du contrat offert ne pouvait être forcée.

D'autre part, des auteurs plus nombreux soutenaient que la révocation fautive était sanctionnée⁴, ou réparée⁵, par des dommages-intérêts. Or, à proprement parler, la responsabilité délictuelle ne sanctionnait pas mais créait une obligation de réparer chaque préjudice causé par la révocation fautive, classiquement par des dommages-intérêts.

Ainsi, avant l'ordonnance du 10 février 2016, le régime de la révocation de l'offre paraissait contradictoire en jurisprudence et était présenté diversement par la doctrine. Néanmoins, nous expliquons ce régime par la distinction de l'offre ne contenant que son effet de conclusion, essentiel à elle et toujours contenu en elle, et de l'offre contenant cet effet essentiel et son effet accessoire, à savoir une obligation de ne pas l'anéantir. Parallèlement, l'ordonnance du 10 février 2016 a souhaité rompre avec les incertitudes antérieures.

II. La volonté de révoquer l'offre créée à compter du 1^{er} octobre 2016

247. Nous pensons que l'offre demeure avec la réforme de 2016 un acte juridique, avec pour effet essentiel, un effet de conclusion, et pour effet accessoire, une obligation de ne pas l'anéantir pouvant être insérée dans celle-ci par la volonté de l'offre. Ainsi, les articles 1115 et 1116 du Code civil régissent l'hypothèse générale de l'offre ne contenant qu'un effet de

¹ P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 72.

² B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 31.

³ A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, th. Strasbourg, 1959, LGDJ, 1961, n° 448.

⁴ L. Josserand, *Cours de droit civil positif*, t. 2, 3^e éd., Sirey, 1939, n° 49 ; J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, th. Toulouse, 1949, LGDJ, 1951, n° 317 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 31 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 118 et 119 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 72 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 127 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 239 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 470 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 75 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 152.

⁵ J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, th. Toulouse, 1949, LGDJ, 1951, n° 317 ; J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46 et s., n° 17 ; D. Lefort, *La rétractation des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 2,

conclusion. Dès lors, il faut identifier les règles et la frontière de ces articles 1115 et 1116 (A), puis étudier leur champ et leur application (B).

A. Les règles et la frontière des articles 1115 et 1116 du Code civil

248. L'ordonnance du 10 février 2016 a consacré à la révocation de l'offre, les articles 1115 et 1116 du Code civil, respectivement pour les périodes antérieure et postérieure à la réception de l'offre. Cette réception de l'offre est donc la frontière séparant les articles 1115 et 1116 (2), qui posent chacun deux règles pour chacune de ces périodes (1) : l'efficacité et l'absence de caractère fautif de la volonté de révoquer l'offre avant la réception de cette dernière ; l'efficacité de la volonté de révoquer l'offre après cette réception de cette dernière et le caractère fautif de cette volonté si elle intervient durant le délai fixé par l'offrant ou à défaut un délai raisonnable.

1. L'identification des règles des articles 1115 et 1116 du Code civil

249. L'analyse proposée de la terminologie. Les articles 1115 et 1116 utilisent l'adjectif rétractée pour l'offre et renvoient donc à l'idée de rétractation.

D'abord, dans le projet d'ordonnance, l'article 1115 utilisait l'adjectif rétractée pour la phase antérieure à la prise de connaissance de l'offre par son destinataire, alors que l'article 1116 recourait à l'adjectif révoquée pour la période postérieure à celle-ci. En effet, cette distinction était inspirée par l'idée selon laquelle la rétractation concernait une offre n'ayant pas produit d'effet, au contraire de la révocation qui était relative à une offre ayant produit des effets¹. Néanmoins, l'effet essentiel de l'offre est un effet de conclusion, nécessairement produit avant sa révocation, si bien que l'anéantissement volontaire d'une offre intervient nécessairement alors que cette dernière n'a pas produit cet effet, donc la révocation n'a pas une nature différente selon qu'elle intervient avant ou après cette réception. Par ailleurs, des auteurs ont critiqué cette distinction à juste titre, en affirmant que la révocation est un acte unilatéral de rétractation², ou que celles-ci sont équivalentes³. Or, la distinction de la rétractation et de la révocation n'a pas lieu d'être, car les deux termes désignent la volonté de

1980, n° 97 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 142 et s.

¹ F. Terré, ss dir., *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008 ; Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 19 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 176.

² M. Latina et G. Chantepie, ss dir., *Projet de réforme du droit des contrats, Analyses et propositions*, Dalloz, 2015, p. 11 ; Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 19 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 284.

³ JCP G 2015, supplément au n° 21, *La formation du contrat - Articles 1111 à 1129*, N. Molfessis, p. 10 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 41.

produire un effet juridique d'anéantissement d'un acte juridique, qui est elle-même est un acte juridique unilatéral, avec pour effet essentiel, un effet d'anéantissement d'un acte juridique. Ensuite, l'ordonnance de 2016 utilise l'adjectif rétractée pour désigner l'anéantissement de l'offre, alors qu'elle se sert du mot révocation pour désigner la volonté d'anéantir la promesse unilatérale de contrat de l'article 1124 du Code civil. Ainsi, cette distinction a été approuvée : la rétractation serait le retrait d'une volonté antérieure au contrat, alors que la révocation constituerait l'anéantissement de ce contrat¹. Cependant, lorsqu'une personne a le pouvoir de révoquer seule un acte juridique, que ce dernier soit unilatéral ou contractuel, elle le fait en manifestant une volonté de produire un effet juridique d'anéantissement de cet acte. Inversement, lorsqu'un contrat ne peut être révoqué que par les volontés de chacune de ses parties, sa révocation intervient au moment où chacune des volontés de révoquer le contrat produit son effet juridique d'anéantissement du contrat. Par suite, la volonté de produire un effet d'anéantissement d'un acte juridique, unilatéral ou contractuel, est un acte unilatéral qui a pour effet essentiel cet effet d'anéantissement et qui peut être qualifié indifféremment de rétractation ou de révocation.

250. L'analyse proposée des articles 1115 et 1116. L'article 1115 est compris après avoir étudié l'article 1116.

D'abord, l'article 1116 comporte trois alinéas qui doivent être confrontés. Son alinéa 1^{er} dispose que l'offre « ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable », et il est présenté par le rapport sur l'ordonnance comme créant « l'obligation de maintien de l'offre pendant le délai fixé par son auteur ou à défaut pendant un délai raisonnable ». Ainsi, l'affirmation selon laquelle l'offre ne peut être rétractée durant ce laps de temps peut être interprétée *a priori* comme consacrant soit l'inefficacité de la volonté de révoquer de l'offre, soit la qualification de faute extracontractuelle de la volonté efficace de révoquer l'offre.

L'alinéa 2 de l'article 1116 affirme que « La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat ». En conséquence, il reconnaît l'efficacité de la volonté de révoquer l'offre, car si la rétractation de l'offre empêche la conclusion du contrat, c'est parce que la manifestation de volonté de révoquer l'offre produit son effet d'anéantissement de l'offre, qui disparaît, ce qui empêche toute acceptation de cette dernière et la conclusion. Par suite, cet alinéa 2 permet de comprendre que l'alinéa 1^{er}, en évoquant

¹ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 195.

l'impossibilité de rétractation de l'offre à compter de sa réception et jusqu'à l'expiration du délai exprès ou raisonnable, n'affirme pas l'inefficacité de la volonté de révoquer l'offre.

Néanmoins, la révocation de l'offre constitue une faute extracontractuelle si elle intervient durant le délai prévu par l'offrant, ou en l'absence de ce dernier, avant la fin d'un délai raisonnable, puisque l'alinéa 3 dispose que la révocation de l'offre durant l'un de ces délais « engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur ». Ainsi, selon le rapport officiel, cet alinéa 3 prévoit « la sanction d'une rétractation de l'offre pendant ce délai par l'engagement de la responsabilité de son auteur, à l'exclusion de la conclusion forcée du contrat ». Par conséquent, cet alinéa 3 permet de comprendre que l'alinéa 1^{er}, en évoquant l'impossibilité de rétractation de l'offre de sa réception et jusqu'à l'expiration du délai exprès ou raisonnable, qualifie de faute extracontractuelle la révocation de l'offre durant ce temps.

En somme, cet article consacre avec trois alinéas deux règles : l'efficacité de la volonté de révoquer l'offre à compter de la réception de cette dernière et le caractère de faute délictuelle de cette volonté efficace de révoquer l'offre à compter de cette réception jusqu'à l'expiration du délai fixé ou sans ce dernier, d'un délai raisonnable.

Ensuite, l'article 1115 dispose que l'offre « peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ». Or, le rapport sur l'ordonnance de 2016 résume cet article en affirmant que celui-ci consacre « la libre rétractation de l'offre tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ». Cependant, l'idée de libre rétractation qui était souvent utilisée avant la réforme de 2016, tant en doctrine qu'en jurisprudence, n'est pas précise techniquement. En effet, elle peut désigner l'efficacité de la volonté de révoquer l'offre, l'absence de caractère fautif de cette volonté de révoquer l'offre, ou ces deux règles simultanément. Par conséquent, cet article 1115 ne peut être compris qu'après avoir étudié l'article 1116. En effet, l'article 1115 renferme deux règles : l'efficacité et l'absence de caractère fautif de la volonté de révoquer l'offre avant la réception de cette dernière.

251. Les analyses existantes de l'article 1115. Des auteurs ont justifié cet article 1115 par le principe de liberté contractuelle¹. Or, ce dernier permet à une personne de manifester ou non un consentement à un contrat, et de déterminer son contenu, sa forme, ses parties et sa date de formation. Dès lors, la première des deux règles consacrées par l'article 1115, qui est l'efficacité de la volonté de révoquer l'offre, résulte non de la liberté contractuelle mais de la

¹ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 148 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 417.

nature de l'offre, qui est un acte juridique unilatéral ne contenant pas en principe d'obligation de ne pas l'anéantir, et de la liberté individuelle. Parallèlement, des auteurs ont justifié l'exclusion de la responsabilité extracontractuelle du fait de la révocation intervenant avant la réception de l'offre, par l'absence de nécessité de protéger les prévisions du destinataire et de préjudice du destinataire de l'offre ne l'ayant pas reçue¹. Cependant, la volonté de rétracter l'offre peut être manifestée avant la réception de l'offre par son destinataire et être reçue par ce dernier après l'offre : dans ce cas, la responsabilité de l'offrant ne peut être engagée, la rétractation étant antérieure à la réception de l'offre, même si la réception de cette rétractation peut heurter les prévisions du destinataire ayant reçu l'offre. Dès lors, cette justification de l'article 1115 aurait été totalement satisfaisante si celui-ci avait exclu l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'offrant jusqu'à la réception de l'offre et exigé que la réception de la rétractation de l'offre fût antérieure à cette réception de l'offre. Aussi, est-il possible de justifier cet article 1115 par la probabilité de l'absence de violation des prévisions du destinataire et de préjudice subi par lui en cas de manifestation de volonté de révoquer l'offre avant la réception de cette dernière.

252. Les analyses existantes de l'article 1116. Selon des auteurs, en vertu de l'article 1116, la rétractation de l'offre est après sa réception efficace², mais fautive de la réception de l'offre à l'expiration du délai fixé ou raisonnable³. Or, ces deux propositions cumulées constituent la bonne analyse de cet article, mais d'autres analyses existent.

Primo, des auteurs soutiennent que cet article 1116 crée une obligation de maintien de l'offre⁴, que le rapport sur l'ordonnance évoque aussi. Or, l'obligation est un lien de droit

¹ C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 63 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 207.

² JCP G 2015, supplément au n° 21, *La formation du contrat - Articles 1111 à 1129*, N. Molfessis, p. 9 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 212 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 63 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 72 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 51 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 284 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 54 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 209.

³ JCP G 2015, supplément au n° 21, *La formation du contrat - Articles 1111 à 1129*, N. Molfessis, p. 9 ; M. Latina et G. Chantepie, ss dir., *Projet de réforme du droit des contrats, Analyses et propositions*, Dalloz, 2015, p. 12 ; P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, n° 21 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 4^e éd., 2016, n° 267 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 176 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 63 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 220 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 76 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 51 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 284 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 178 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 152 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 54 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 66.

⁴ M. Latina et G. Chantepie, ss dir., *Projet de réforme du droit des contrats, Analyses et propositions*, Dalloz, 2015, p. 12 ; RDC 2016, p. 21 et s., O. Deshayes ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 23 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 203 et s. ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ,

obligeant à faire, ne pas faire ou donner quelque chose. Ainsi cette obligation ne peut qu'être légale et extérieure à l'offre ici puisque la personne créant une offre manifeste une volonté de produire un effet de conclusion et non une obligation de maintien de cette volonté. Par ailleurs, le recours à la notion d'obligation n'était pas indispensable, puisque la responsabilité extracontractuelle n'exige pas la violation d'une obligation pour être mise en œuvre. De plus, ce recours n'est pas logique parce que l'article 1116 n'exige aucune prestation positive de la part de l'offrant : étonnamment, l'obligation de maintien du consentement du promettant a été largement critiquée depuis 1993 dans la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement, au motif pertinent que le promettant n'a rien à faire, mais ici l'obligation légale de maintien de l'offre est reconnue par diverses sources. Surtout, ce recours à la notion d'obligation de maintien n'est pas logique lorsque l'offre est faite au public, car par définition cette obligation ne peut avoir de créancier. Aussi, faudrait-il parler non d'obligation de maintien *stricto sensu* mais de devoir.

Secundo, des auteurs considèrent que l'article 1116 ferait de l'offre un engagement unilatéral de volonté créateur d'une obligation de ne pas rétracter l'offre, aux effets atténués, personnel à l'offrant, légalement organisé, un engagement¹. Cependant, pour qu'un engagement unilatéral de volonté existe ici, il faut que l'offrant manifeste la volonté de produire une obligation de ne pas retirer l'offre, en plus de son effet de conclusion, ce qui rend inefficace la volonté de révoquer l'offre. Dès lors, l'article 1116 régit l'hypothèse générale de l'offre, c'est-à-dire celle qui contient son effet essentiel de conclusion, sans son effet accessoire qui est une obligation de ne pas l'anéantir.

Tertio, des auteurs affirment que l'article 1116 prive l'offrant de la possibilité de rétracter l'offre avant l'expiration du délai², ou la rend irrévocable³. Néanmoins, ces idées imprécises ne doivent pas être utilisées parce qu'elles peuvent renvoyer à l'inefficacité de la volonté de

2018, n° 187 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 84 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 51 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 53 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 64.

¹ Voir ci-dessus n° 155.

² Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 20 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 178 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 187 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Contrat : formation*, janv. 2019, n° 46 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 48 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 267 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 53 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 64 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 208 et s.

³ B. Haftel, *La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, Gaz. Pal. 30 avr. 2015, n° 120, p. 8 et s. ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 72 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 48.

révoquer l'offre, ou au caractère fautif de la volonté efficace de révoquer l'offre.

Quarto, la doctrine soutient que l'article 1116 exclut les conclusion¹, réalisation², exécution³, consentement⁴, forcés, toute acceptation valant formation⁵, ou tout contrat réputé conclu en dépit de la rétractation⁶. Or, ces propositions sont techniquement imprécises : la révocation est efficace, produit son effet d'anéantissement de l'offre, si bien que cette dernière n'existant plus, la conclusion du contrat est empêchée comme l'affirme l'alinéa 2 de l'article 1116. Dès lors, il n'est pas possible de forcer la création de l'offre, la conclusion et l'exécution du contrat offert, ou de réputer celles-ci existantes que ce soit par la responsabilité délictuelle qui n'oblige qu'à réparer les dommages causés par la révocation fautive sans anéantir cette dernière, ou par l'exécution forcée d'une obligation.

Ainsi, les articles 1115 et 1116 du Code civil consacrent chacun deux règles pour répondre aux deux questions de l'efficacité et du caractère fautif de la volonté de révoquer l'offre, en convergeant sur la première par reconnaissance de cette efficacité et en divergeant sur la seconde en excluant ce caractère fautif avant la réception de l'offre et en le consacrant après cette réception pendant un délai fixé ou raisonnable. Par suite, la frontière temporelle entre ces deux articles est la réception de l'offre.

2. La frontière entre les règles des articles 1115 et 1116 du Code civil

253. Initialement, le projet de réforme affirmait que la révocation de l'offre ne constituait pas une faute extracontractuelle si celle-ci intervenait avant que le destinataire prenne connaissance de l'offre. Néanmoins, la doctrine critiqua la difficulté de prouver cette connaissance, donc l'ordonnance opta au titre de la frontière temporelle séparant les articles 1115 et 1116 pour la réception de l'offre, sans définir la date de la révocation de l'offre et sans indiquer si cette dernière doit parvenir au destinataire avant l'offre. Dès lors, cela pose des problèmes lorsque la volonté de révoquer l'offre est manifestée avant la réception de

¹ P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, n° 21 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 23 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-102 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 179 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Contrat : formation, janv. 2019, n° 48 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 284 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 53.

² C. Larroumet et S. Bros, *Le contrat*, t. 3, Economica, 9^e éd., 2018, n° 77 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1040.

³ RDC 2016, p. 21 et s., O. Deshayes ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 76 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 103.

⁴ A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 22 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 284.

⁵ P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 135.

⁶ Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 20 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 63.

l'offre, mais est reçue après la réception de l'offre. Par suite, la doctrine a situé la rétractation à la date de manifestation de la volonté de révoquer l'offre ou à la date de réception de la révocation. Or, il faut bien distinguer efficacité et caractère fautif de la volonté de révoquer l'offre pour placer la frontière entre ces articles.

254. Les sources situant la révocation à sa réception. Certains auteurs considèrent que la date de la rétractation au sens des articles 1115 et 1116 est sa réception¹.

De façon générale, des auteurs considèrent que cet article 1115 consacre la théorie de la réception. Par suite, pour eux la rétractation de l'offre est efficace², peut être rétractée³, il est possible de s'opposer à la formation du contrat⁴, par volonté manifestée et reçue avant la réception de l'offre. Dès lors, pour ces auteurs, l'offrant doit se rétracter par un moyen plus rapide que celui utilisé pour transmettre l'offre⁵.

Plus particulièrement, étant donné que l'article 1118 du Code civil affirme que l'acceptation peut être librement révoquée tant qu'elle n'est pas parvenue à l'offrant, si cette rétractation parvient à l'offrant avant l'acceptation, des auteurs ont évoqué, sans y adhérer⁶, ou en y adhérant⁷, la possibilité de transposer cela par analogie à l'offre en considérant que la rétractation de l'offre doit être datée à la réception de la volonté de révoquer l'offre.

255. Les sources situant la révocation à sa manifestation. Des auteurs ont choisi de retenir l'émission de la volonté de révoquer l'offre, afin de dater la révocation de cette dernière⁸. Autrement dit en doctrine, cela conduit à retenir comme instant d'efficacité de la rétractation celui de son émission¹, avec divers arguments.

Primo, l'absence d'exigence de réception de la rétractation de l'offre avant la réception de l'offre par l'article 1115, comme le fait l'article 1118 pour l'acceptation en affirmant que la rétractation de l'acceptation est libre si cette révocation est reçue avant l'offre, permet selon

¹ B. Haftel, *La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, Gaz. Pal. 30 avr. 2015, n° 120, p. 8 et s. ; LPA, 7 mars 2016, p. 8 et s., obs. M. Mignot, art. 1115 ; Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 19 et s. ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 177 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 61 et s. ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 74 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 47 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 418 et s. ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 207.

² T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 61 et s. ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 74 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 207.

³ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 207.

⁴ T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 61 et s.

⁵ Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 20.

⁶ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 122.

⁷ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 177.

⁸ RDC 2015, p. 740 et s., T. Genicon, n° 2 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 122 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 206 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 47.

ces auteurs de soutenir que la rétractation de l'offre est efficace dès sa manifestation².

Secundo, selon eux la consécration par l'article 1121 de la réception de l'acceptation comme moment de formation du contrat, interdirait à l'acceptant de croire à la formation du contrat avant cette réception de l'acceptation et permettrait d'opposer à l'acceptant la révocation de l'offre même si ce dernier reçoit cette révocation après réception de l'offre, afin d'écartier l'engagement de la responsabilité de l'offrant³. Toutefois, cette croyance en la conclusion du contrat naît forcément à compter de la prise de connaissance de l'offre et n'est pas une condition de l'engagement de cette responsabilité de l'offrant, donc cet argument est indifférent pour fixer la date de la rétractation.

Tertio, pour ces auteurs, la prévalence de la volonté interne sur la volonté déclarée, exclurait toute cohabitation des volontés internes en cas de rétractation émise lorsque le destinataire reçoit l'offre⁴. Or, l'engagement de la responsabilité délictuelle pour révocation de l'offre se fait précisément en l'absence de rencontre des consentements, donc cette absence de cohabitation des volontés internes n'est pas de nature à exclure cet engagement.

Quarto, il serait impossible pour eux de retenir la date de réception de la révocation afin de fixer la date à partir de laquelle l'engagement de la responsabilité de l'offre est possible, car cette date serait impossible à établir en cas d'offre au public, au contraire de celle de l'émission⁵. Néanmoins, l'argument n'est pas décisif, le moyen de révocation pouvant être public comme celui de manifestation de l'offre.

Quinto, la date d'efficacité de l'offre serait fixée à la date de sa réception à leurs yeux, donc ceci exclurait que l'offre ne produise un effet après sa révocation, même si cette dernière est reçue après la réception de l'offre⁶. Cependant, l'engagement de la responsabilité délictuelle de l'offrant n'est pas un effet produit par l'offre. Aussi, l'article 1115 n'affirme pas que l'offre est efficace à compter sa réception, mais il se contente d'écartier la responsabilité extracontractuelle de l'offrant si sa révocation est antérieure à sa réception.

256. L'analyse proposée de la frontière entre les articles 1115 et 1116. Il est

¹ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 123.

² O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 123.

³ RDC 2015, p. 740 et s., T. Genicon, n° 2 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 123.

⁴ RDC 2015, p. 740 et s., T. Genicon, n° 2 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 123.

⁵ RDC 2015, p. 740 et s., T. Genicon, n° 2.

⁶ RDC 2015, p. 740 et s., T. Genicon, n° 2 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 123.

fondamental de distinguer les deux questions auxquelles répond chacun de ces articles.

La première question est l'efficacité de la volonté de révoquer l'offre. Or, ces articles reconnaissent l'efficacité de cette volonté de révoquer l'offre, avant comme après la réception de l'offre. Ainsi, au plan théorique, étant donné qu'aucune règle textuelle ne détermine la date à laquelle cet effet d'anéantissement se produit, celui-ci se produit lors de la manifestation de cette volonté, que cette dernière soit manifestée avant ou après la réception de l'offre. Cependant, en pratique, la preuve du moment exact de cette manifestation de volonté est difficile et il y a lieu pour l'offrant de s'en réserver une qui soit solide.

La seconde question à laquelle répond chacun des articles 1115 et 1116 porte sur l'applicabilité de la responsabilité extracontractuelle à la révocation de l'offre : ces articles considèrent que la révocation n'est pas fautive avant la réception de l'offre et l'est après cette dernière durant un délai exprès ou raisonnable. Dès lors, il n'est pas possible d'ajouter d'exigence à la loi et il y a lieu de retenir que la responsabilité extracontractuelle de l'offrant ne peut être engagée dès lors que ce dernier prouve avoir manifesté la volonté de rétracter son offre avant la réception de l'offre par le destinataire. Aussi, l'offrant a intérêt à manifester sa volonté de révoquer l'offre par un moyen qui puisse être prouvé facilement, puis de l'envoyer par un moyen qui soit rapide et facile à prouver : il peut faire enregistrer sa révocation.

Ainsi, les articles 1115 et 1116 du Code civil consacrent quatre règles, deux sont l'efficacité de la volonté de révoquer l'offre avant et après la réception de cette dernière, deux autres sont l'inapplicabilité et l'applicabilité de la responsabilité civile délictuelle respectivement avant la réception de l'offre et après cette réception pendant un délai exprès ou raisonnable : la réception de l'offre est la frontière entre ces articles qui ont un champ d'application commun en dépit de leurs règles différentes sur la responsabilité de l'offrant.

B. Le champ et l'application des articles 1115 et 1116 du Code civil

257. Les articles 1115 et 1116 du Code civil ont un champ d'application commun (1) même s'ils divergent sur l'application de la responsabilité extracontractuelle (2).

1. Le champ commun des articles 1115 et 1116 du Code civil

258. L'offre ne contenant pas d'obligation de non-anéantissement. Le champ d'application des articles 1115 et 1116 est déterminé par leurs quatre règles. En effet, soit l'offre ne contient aucune obligation de ne pas l'anéantir et la volonté de la révoquer est efficace tout en étant parfois fautive, ce qui engage la responsabilité extracontractuelle de l'offrant, créant une obligation de réparer chaque préjudice causé par la révocation ; soit

l'offre contient une obligation de ne pas l'anéantir, donc la volonté de la révoquer est inefficace et ne peut constituer une faute extracontractuelle. Par suite, en consacrant l'efficacité de la volonté de révoquer l'offre, les articles 1115 et 1116 régissent l'offre ne contenant pas d'obligation de ne pas l'anéantir. Certes, le rapport officiel évoque une obligation de maintien d'offre pour expliquer la possibilité d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'offrant pour révocation de l'offre après réception de cette dernière, mais cette obligation est légale et externe à l'offre, qui n'est pas un acte unilatéral obligatoire.

D'une part, les articles 1115 et 1116 s'appliquent à l'offre ne contenant pas d'obligation de ne pas l'anéantir, faite à personne déterminée ou indéterminée.

L'article 1115 ne distingue pas selon que l'offre est faite à personne déterminée ou indéterminée. Ainsi, des auteurs ont reconnu son applicabilité à l'offre à personne indéterminée¹, à juste titre puisqu'il n'y a pas lieu d'ajouter à la loi une distinction que celle-ci n'opère pas. Parmi ces auteurs, certains se sont demandés si lorsque l'offre est faite à personne indéterminée, l'offrant peut éviter que sa responsabilité ne soit engagée par une personne en prouvant que cette dernière n'en a pas eu connaissance avant la rétractation². Or, cet article 1115 est indifférent à la connaissance effective du destinataire, donc l'offrant ne pourrait éviter l'engagement de sa responsabilité extracontractuelle de cette façon.

L'article 1116 ne distingue pas selon que l'offre est faite à personne déterminée ou indéterminée. Ainsi, des auteurs ont logiquement reconnu que l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'offrant pour révocation antérieure à l'expiration du délai raisonnable, s'applique aussi pour l'offre à personne indéterminée³, même si d'autres ont pris une position inverse⁴. De fait, il n'y a pas à distinguer où l'ordonnance ne distingue pas. Par ailleurs, des auteurs ont affirmé que la date de réception s'apprécie pour chaque personne¹, ce qui est logique et justifié par le fait que la faute génératrice de cette responsabilité s'apprécie pour chaque personne ayant reçu l'offre.

D'autre part, des auteurs considèrent que certaines offres régies par des textes spéciaux, que sont les articles L312-18 et L313-34 du Code de la consommation, L444-8 du Code de l'éducation et L271-1 du Code de la construction et de l'habitation, 1127-1 du Code civil, seraient situées en dehors du champ des articles 1115 et 1116, en ce sens que pour ces

¹ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 123 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 61.

² O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 123.

³ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 207.

⁴ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 208.

offres serait autorisée la sanction de leur rétractation par la formation forcée du contrat².

Primo, leur proposition ne peut emporter l'adhésion pour les articles L312-18, L313-34, L315-10 du Code de la consommation et l'article 23 de la loi n° 84-595 du 12 juillet 1984 exigeant le maintien de l'offre pendant un délai. De fait, l'interprétation téléologique de ces articles que nous avons développée au titre du droit antérieur à 2016, a montré que ceux-ci ne consacrent aucune sanction particulière de leur irrespect sous forme de conclusion forcée³. Par suite la rétractation de ces offres pendant ce délai spécial doit donc conduire à la mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle de l'offrant sur le fondement de ces textes et cette responsabilité peut aussi être mise en œuvre sur le fondement de l'article 1116 si celle-ci intervient entre la réception de l'offre et l'expiration du délai exprès ou raisonnable. Cependant, dans ces cas, la volonté de révoquer ces offres est efficace, donc ces dernières disparaissent et il est impossible de prononcer une conclusion forcée sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, qui crée une obligation de réparer les conséquences de la révocation fautive, mais ne peut anéantir cette révocation, ni forcer la conclusion d'un contrat pour lequel le consentement de l'offrant a disparu.

Secundo, les rétractations d'offres régies par des dispositions propres ne posant pas d'exigence de maintien d'offre, comme les articles L444-8 du Code de l'éducation, L271-1 du Code de la construction et de l'habitation, et 1127-1 du Code civil, ne peuvent être saisies comme des rétractation situées en dehors du champ des articles 1115 et 1116 du Code civil⁴.

Tertio, l'article L642-2 du Code de commerce est une exception légale aux articles 1115 et 1116, car ses travaux préparatoires évoquent l'inefficacité de la volonté de révoquer l'offre.

259. L'offre contenant une obligation de non-anéantissement. Il existe deux possibilités liées de déroger aux articles 1115 et 1116 du Code civil.

En premier lieu, à propos de l'article 1116, des auteurs se sont demandés si l'offrant peut créer un engagement unilatéral de volonté produisant en tous points les mêmes effets qu'une promesse unilatérale de contrat¹, et un auteur a même affirmé qu'il est possible de créer une offre irrévocable par laquelle l'offrant s'interdirait, sous peine d'exécution forcée,

¹ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 207.

² RDC 2016, p. 21 et s., O. Deshayes ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 133 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 179 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-102 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 73 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 179.

³ Voir ci-dessus n° 242.

⁴ Voir ci-dessus n° 243.

toute rétractation pendant un délai².

Au plan théorique, il existe une double caractéristique de l'ordonnance du 10 février 2016. D'une part, les articles 1115 et 1116 sont supplétifs de volonté comme la majorité des autres articles issus de l'ordonnance du 10 février 2016, en vertu du rapport sur cette dernière. D'autre part, cette ordonnance et ce rapport reconnaissent de façon générale la possibilité de créer une obligation par volonté unilatérale. Dès lors, il est possible pour l'offrant d'insérer dans l'offre une obligation de ne pas anéantir l'offre : alors la volonté de l'offrant de révoquer cette dernière est inefficace, par application de l'irrévocabilité unilatérale du contrat par analogie à l'acte unilatéral obligatoire, donc cette volonté n'anéantit pas cette offre qui subsiste et peut être acceptée. Or, cette inefficacité existe dès la création de l'offre avec cette obligation de ne pas l'anéantir, indépendamment de sa réception. En revanche, il est impossible et inutile d'insérer dans l'offre une sanction sous forme de formation forcée du contrat : en raison de cette inefficacité de la volonté de révoquer l'offre, cette dernière subsiste et peut être acceptée, dès lors, point n'est besoin de recourir à une quelconque formation forcée du contrat ou à une exécution forcée de cette obligation, dont l'évocation doit être interprétée comme une volonté de créer une obligation de pas anéantir l'offre. Parallèlement, il serait contradictoire et illogique au regard de la force obligatoire de l'offre, dans un premier temps, de reconnaître l'efficacité de la manifestation de volonté de révoquer l'offre contenant une obligation de ne pas l'anéantir, par négation de l'irrévocabilité unilatérale de l'offre et de sa force obligatoire, puis dans un deuxième temps, de prononcer l'exécution forcée de cette obligation, afin de rétablir cette force obligatoire niée avant.

Au plan pratique, il convient de ne retenir l'existence d'une obligation de ne pas anéantir l'offre, que dans les cas dans lesquels l'offrant a soit expressément précisé créer une telle obligation ou un tel engagement de ne pas anéantir l'offre, soit indiqué que le contrat serait conclu en dépit de la rétractation de l'offre, ce qui revient à reconnaître implicitement cette obligation. Or, les cas dans lesquels existe ce recours à une obligation de ne pas anéantir l'offre sont très rares. Cependant, cette insertion de cette obligation dans l'offre a un réel intérêt pour des contrats qui exigent une pleine sécurité précontractuelle, comme l'offre de contrat de vente d'immeuble ou dans les relations d'affaires. Ainsi, cette insertion sera le fait

¹ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 132 et s.

² B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 79.

d'offrants ayant des connaissances juridiques réelles ou aidés par des juristes bien informés. Par ailleurs, le terme extinctif de l'obligation de ne pas anéantir l'offre pourra être plus court que le terme extinctif de l'effet de conclusion et donc de l'offre, lequel est le délai exprès évoqué par l'article 1117 : une fois échu le terme extinctif de l'obligation de ne pas anéantir l'offre expiré, cette obligation disparaît et les articles 1115 et 1116 retrouvent leur application, donc après réception de l'offre, la volonté de révoquer cette dernière est efficace mais fautive si celle-ci intervient dans le délai exprès de l'article 1117 qui est un terme extinctif de l'effet de conclusion et donc de l'offre, ou à défaut dans un délai raisonnable.

En second lieu, des auteurs ont étudié s'il est possible par un contrat cadre de prévoir par avance que, pour toutes les offres d'éventuels contrats d'application, la sanction de l'article 1116 du Code civil sera écartée au profit d'une formation forcée du contrat¹. Plus précisément, afin d'exclure l'efficacité de la volonté de révoquer des futures offres qui interviendront dans leurs relations précontractuelles, des personnes peuvent conclure un contrat cadre, avec obligation de notifier des consentements complets contenant une obligation de ne pas les anéantir. Néanmoins, si l'offre est manifestée sans cette obligation, son destinataire l'acceptera s'il veut conclure et n'aura pas d'intérêt concret à saisir le juge afin de forcer la notification de l'offre avec cette obligation.

Ainsi, les articles 1115 et 1116 du Code civil ont un champ d'application commun ; en revanche leurs positions divergent au sujet de la responsabilité de l'offrant.

2. Les effets différents des articles 1115 et 1116 du Code civil

260. La révocation fautive durant le délai exprès. Entre la réception de l'offre et l'expiration du délai exprès, la volonté de révoquer l'offre est fautive selon l'article 1116.

D'abord, nous avons vu techniquement que le délai fixé par l'offrant, mentionné à l'article 1116, est le terme extinctif de l'effet de conclusion de l'offre et donc le terme extinctif de l'offre : il est le délai de l'article 1117 à l'expiration duquel l'offre est caduque.

Ensuite, des auteurs considèrent que ce délai, durant lequel la rétractation de l'offre constitue une faute extracontractuelle, peut être fixé par la loi régissant certaines offres², mais ces règles légales sont spéciales, donc ces délais légaux diffèrent du délai exprès.

Par ailleurs, des auteurs considèrent que ce délai peut être implicite³. Pourtant c'est plutôt par

¹ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 132 et s.

² Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 20 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 73 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 149.

³ Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 20 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M.

la notion de délai raisonnable de cet article 1116 que les hypothèses sans délai exprès peuvent être saisies afin de reconnaître un délai implicitement prévu par l'offrant.

De plus, en pratique, après l'ordonnance de 2016, un offrant a tout intérêt à indiquer un terme extinctif son effet de conclusion dans son offre, au sens du délai fixé et mentionné par les articles 1116 et 1117, qui soit assez court, afin que l'offre s'éteigne rapidement d'elle-même, sans avoir à la rétracter pour échapper à la conclusion, en risquant de voir sa responsabilité extracontractuelle engagée. De fait, l'offrant est libre dans la fixation de ce délai, comme l'ont souligné des auteurs¹, puisque l'exigence de non-rétractation de l'offre avant la fin d'un délai raisonnable ne joue qu'en l'absence de délai fixé.

Enfin, étant donné que le délai fixé par l'offrant au sens de l'article 1116 est un terme extinctif de son effet de conclusion et constitue donc le même délai que celui de l'article 1117 au terme duquel l'offre est caduque, si l'offre contient un tel délai prévu par l'offrant, il n'y a pas de moment à partir duquel l'offre reçue peut être l'objet d'une révocation non fautive.

261. La révocation fautive durant le délai raisonnable. La volonté de révoquer l'offre est fautive selon l'article 1116 entre la réception de l'offre et l'expiration d'un délai raisonnable, en l'absence de délai fixé par l'offrant.

D'abord, il a été affirmé que l'offre faite au public est révocable sans délai², mais l'ordonnance n'a pas distingué pour l'application de cette règle selon que l'offre est faite au public ou non, donc l'offre au public est soumise à l'article 1116.

Par ailleurs, en pratique, comme l'ont montré des analystes de l'article 1116, la détermination de ce délai raisonnable relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, en fonction des circonstances, selon le contenu technique du contrat, son importance économique et les données sociologiques³. Dès lors, les juges bénéficient d'une grande latitude dans la détermination de ce délai raisonnable, ce qui est une source d'insécurité et de contentieux, contrairement à la raison d'être de cet article 1116 qui est d'assurer une sécurité

Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2018, p. 127 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 31 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 283 et 285.

¹ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 126.

² C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 73.

³ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 127 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 23 et s. ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 35 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1038 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 150 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 73 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 53 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 422 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 79.

précontractuelle. Aussi, comme cela a été affirmé¹, en pratique, un offrant a tout intérêt à fixer clairement un délai dans son offre, qui soit court, pour échapper à l'application trop large de la responsabilité extracontractuelle à la fois à la rétractation intervenant avant la fin d'un délai raisonnable et à celle qui intervient avant la fin du délai prévu.

De plus, l'offrant aura tout intérêt à manifester et envoyer sa volonté de révoquer l'offre ne comportant pas de délai, avec des moyens faciles à prouver et en la faisant enregistrer.

En outre, le délai raisonnable durant lequel la rétractation de l'offre reçue sans délai fixé par l'offrant est fautive, n'a pas nécessairement la même durée que le délai raisonnable au terme duquel l'offre s'éteint par l'article 1117 du Code civil, comme nous l'avons vu².

262. Les préjudices. Les critères de la révocation fautive sont souples, mais les préjudices certains causés par celle-ci sont rares en raison de la causalité peu étudiée ici.

D'abord, l'article 1116 précise que l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'offrant s'opère sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat. Or, jusqu'à la révocation de l'offre reçue, la conclusion du contrat offert est purement éventuelle, puisque la volonté de révoquer l'offre est efficace et l'acceptation n'a pas été manifestée ou du moins n'a pas produit son effet de conclusion. Corrélativement, l'exécution du contrat offert est aussi purement éventuelle. Par suite, le fait de ne pas obtenir les gains attendus de ce contrat n'est pas un préjudice certain : sous l'angle de la perte éprouvée, il n'y a aucun amoindrissement pécuniaire, donc l'article 1116 a tort de parler de « perte » des avantages attendus du contrat ; sur le plan du gain manqué, ce gain est purement éventuel donc la non-obtention de ce gain n'est pas un préjudice réparable. Pourtant, si cette exclusion de la compensation des avantages attendus du contrat a été approuvée³, elle a aussi été critiquée en doctrine, comme sévère⁴, ou méconnaissant la sécurité⁵, ou puisque la responsabilité extracontractuelle devrait replacer le destinataire dans la situation d'un contrat conclu comme si l'offre n'avait été révoquée⁶, ou étant donné qu'elle affaiblirait la force juridique de l'offre ramenée à une invitation aux pourparlers⁷. Parallèlement, certains auteurs ont considéré que

¹ A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 22.

² Voir ci-dessus n° 237.

³ JCP G 2015, supplément au n° 21, *La formation du contrat - Articles 1111 à 1129*, N. Molfessis, p. 9 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 180 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 22 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 54 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 424.

⁴ A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 73.

⁵ LPA, 7 mars 2016, p. 8 et s., obs. M. Mignot, art. 1116.

⁶ RDC 2016, p. 21, O. Deshayes.

⁷ LPA, 7 mars 2016, p. 8 et s., obs. M. Mignot, art. 1116 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-102 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 52.

cet article 1116 transpose à l'offre la jurisprudence relative aux pourparlers¹, mais les décisions antérieures à 2016 n'ont guère accordé la réparation de ces pertes de chance, donc la règle n'innove pas. Ainsi, cela n'affaiblit aucunement l'offre et ne la ramène pas à une invitation aux pourparlers, car l'offre est un consentement complet, dont l'effet essentiel est un effet de conclusion, alors que cette notion d'invitation aux pourparlers désigne des volontés diverses qui ne peuvent jamais former un contrat.

Ensuite, la modification de l'article 1112 par la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, du 20 avril 2018, a précisé que n'est pas réparable la perte de la chance d'obtenir les avantages attendus du contrat en cas de rupture fautive des pourparlers, sans modification identique de l'article 1116. Cela a été interprété comme permettant la réparation de la perte de chance d'obtenir les avantages contractuels du fait de la révocation de l'offre². Parallèlement, l'exclusion de la réparation de la perte de chance d'obtenir les gains attendus des effets du contrat en cas de révocation fautive de l'offre, par analogie avec l'article 1112 qui l'opère pour les pourparlers, a été critiquée parce que la perte de chance serait en lien de causalité avec la révocation fautive³. Toutefois, ces chances de conclure et d'obtenir l'exécution du contrat offert sont purement éventuelles jusqu'à la révocation de l'offre, en raison de l'efficacité de la révocation de celle-ci et de l'absence d'acceptation à ce moment. Dès lors, les pertes de chances de conclure et d'obtenir les gains attendus de cette exécution ne sont pas des préjudices certains.

Par ailleurs, des auteurs ont livré une analyse globale des préjudices réparables⁴. Selon eux, la responsabilité extracontractuelle tendrait à replacer la victime de la révocation fautive dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée sans rétractation de l'offre. Cependant, leur proposition ne convainc pas. De fait, la responsabilité tend à replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne sans le préjudice, c'est-à-dire qu'elle ne vise pas l'effacement de la faute, mais la réparation des conséquences dommageables de celle-ci. Puis, ces auteurs indiquent que la faute est d'avoir fait croire au destinataire à la conclusion du contrat et d'avoir créé cet espoir, puis ils en concluent que cet article 1116 oblige à réparer tout ce que

¹ Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 20 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 197 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 63 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-102 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 73 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 135 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 209.

² F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-102 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 180 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 52.

³ T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 63.

⁴ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 129 et s.

la victime n'aurait souffert si celle-ci n'avait pas nourri d'espoir de conclure le contrat. Toutefois, le fait de faire parvenir une offre à une personne crée toujours cet espoir et cela n'est aucunement fautif, la faute étant d'avoir révoqué l'offre trop rapidement.

En outre, divers préjudices sont présentés comme réparables par la doctrine, mais ne le sont pas parce qu'ils sont antérieurs à la révocation fautive et ne sont donc pas en lien de causalité avec cette dernière. Il s'agit des dépenses exploratoires inutilement exposées qui englobent frais de négociation et frais d'études préliminaires¹, des pertes causées par une anticipation du contrat futur qui incluent le fait de mettre fin à un contrat de travail ou de bail afin de conclure celui qui est proposé par l'offre², des frais de réponse à l'offre³, des frais exposés ou perdus dans le cadre des négociations⁴, des frais, de la perte de temps, ainsi que les pertes d'occasions provenant de l'étude de l'offre⁵.

De plus, la perte de chance de contracter avec un tiers est présentée comme un préjudice réparable⁶, mais la conclusion et l'exécution du contrat avec le tiers sont purement éventuelles, parce que le consentement du tiers comme celui du destinataire de l'offre pouvaient être manifestés puis révoqués, donc les pertes de chance de conclure ce contrat et d'obtenir les avantages de ses effets ne sont pas des préjudices certains.

En somme, nous pensons que les préjudices causés par la révocation fautive de l'offre sont très rares en pratique. Concrètement, la révocation fautive de l'offre peut causer souvent un préjudice moral de déception, ou marginalement un préjudice d'atteinte à la réputation si cette révocation est publique comme cela a été souligné⁷. Dès lors, l'efficacité de la révocation de l'offre reçue est un principe très fort en pratique et son atténuation par la possibilité d'engager la responsabilité extracontractuelle pour rétractation fautive ne peut qu'avoir une application marginale. À ce titre, des auteurs ont soutenu qu'il serait possible de déroger à cette possibilité d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'offrant reconnue par l'article 1116, par avance, en concluant un contrat cadre⁸, ou plus simplement dans l'offre, en

¹ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 129 et s.

² O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 129 et s.

³ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 424.

⁴ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 180 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 52 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 152.

⁵ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 52 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 73.

⁶ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 129 et s. ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 180 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 209.

⁷ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 52.

⁸ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 126.

indiquant qu'elle est librement révocable¹. Cependant, cela ne peut convaincre car la renonciation par avance à la possibilité d'engager la responsabilité extracontractuelle est classiquement interdite et serait contraire à l'esprit de l'article 1116.

263. Conclusion sur l'offre. En définitive, la base pour comprendre la notion d'offre et déterminer son régime est sa définition comme consentement complet constituant un acte juridique unilatéral, ayant pour effet essentiel, donc toujours contenu en elle, un effet de conclusion, et pour effet accessoire, pouvant être inséré dans celle-ci par la volonté de l'offrant, une obligation de ne pas l'anéantir. Cette obligation est à distinguer de l'obligation de maintien pendant le délai exprès de l'article 1116 évoquée par le rapport officiel sur l'ordonnance, qui est d'origine légale, extérieure à l'offre et constitue juridiquement plutôt un devoir général dont la violation constitue une faute extracontractuelle. Ainsi, il existe quatre conditions d'existence de l'offre : il faut une manifestation de volonté, tendant à la production d'un effet de conclusion, complète (avec les effets abstraits, éléments concrets et la forme essentiels à la complétude), et antérieure à toute volonté identique. En revanche, la fermeté, unanimement exigée, et la non-équivoque, ponctuellement exigée, ne sont pas des conditions d'existence autonomes de l'offre, pas plus que sa notification et la détermination de son destinataire. De plus, les conditions de preuve et de validité de l'offre sont celles du contrat offert. Par ailleurs, le régime de l'offre est traversé par la distinction de deux offres. La première majoritaire et régie par les articles 1113 à 1117 est l'offre constituant un acte juridique unilatéral et non obligatoire, ne contenant que son effet de conclusion ; elle est marquée par une liberté forte et s'éteint facilement par révocation ou caducité. La seconde minoritaire est l'offre contenant une obligation de non-anéantissement créée par l'offrant : elle est marquée par une sécurité forte. Symétriquement, l'acceptation a la même nature et le même contenu.

¹ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 3^e éd., 2018, n° 245 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 73 et s.

Titre II. L'acceptation de contrat

264. Les conditions d'existence de l'acceptation doivent être définies avec sa nature (**Chapitre I**), afin que son régime puisse être déterminé de façon optimale (**Chapitre II**).

Chapitre I. La notion d'acceptation

265. Comme l'offre, l'acceptation ne fut pas définie par le Code civil de 1804. Dès lors, c'est la jurisprudence qui a dû régler les problèmes contentieux de l'acceptation, dont les conditions d'existence de cette dernière, la question du silence, ou la date de conclusion du contrat. Toutefois, la jurisprudence a agi de façon casuistique, avec des considérations d'équité et le vocabulaire de la pratique, sans démarche intellectuelle d'ensemble. Par conséquent, la doctrine a dû systématiser les solutions relatives à l'acceptation, ce qui a été tenté notamment dans deux thèses, dont celle d'Aubert de 1968¹. Or, la notion d'acceptation est encore perfectible aujourd'hui plus de deux siècles après l'adoption du Code civil et en dépit de l'ordonnance du 10 février 2016, qui la définit à l'article 1118 du code, comme « la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre ». Pourtant, l'acceptation est aussi fondamentale que l'offre pour la conclusion du contrat, car de sa définition dépendent son régime et donc l'équilibre entre liberté et sécurité. Dès lors, nous proposons une définition de l'acceptation, qui a comme l'offre, la nature d'un acte juridique unilatéral, avec pour effet essentiel à son existence, un effet de conclusion du contrat, mais aussi un effet accessoire, qui est une obligation de ne pas l'anéantir. Ainsi, l'acceptation est une manifestation de volonté de produire un effet de conclusion, complète et postérieure à une volonté identique et existante d'une autre partie (**Section I**). En conséquence, le silence régi par l'article 1120 du Code civil est le contraire de l'acceptation (**Section II**).

Section I. La manifestation d'un consentement complet et identique à l'offre

266. L'acceptation a quatre conditions d'existence en tant que manifestation de volonté de produire un effet de conclusion (**I**) complète et postérieure à une offre (**II**).

¹ I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris 1907 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris 1968, LGDJ 1970.

I. La manifestation et l'effet de la volonté

267. Comme l'offre, l'acceptation est une manifestation de volonté (A) de produire un effet de conclusion (B).

A. La manifestation de volonté

268. Les sources existantes sont d'accord sur l'exigence de principe de la manifestation de volonté au titre des conditions d'existence de l'acceptation¹, mais aussi de l'ensemble des actes juridiques². Cependant, ces sources appréhendent la question de la manifestation de la volonté d'accepter en opposant deux formes d'acceptation, expresse (1) et tacite (2). Or, selon nous, ces notions ne désignent pas deux formes d'acceptation, car l'acceptation expresse renvoie à la condition d'existence de l'acceptation qu'est la manifestation de la volonté de contracter complète, alors que l'acceptation tacite est une volonté de contracter complète présumée, donc se situant sur le plan des conditions de preuve de l'acceptation. À ce titre, l'article 1113 du Code civil, issu de la réforme de 2016, affirme que la volonté de contracter peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement, ce qui reprend la distinction doctrinale, sans utiliser ses termes, ce qui a été regretté³.

1. L'acceptation expresse

269. La définition positive. Nous pensons que l'acceptation est toujours expresse, car elle est une volonté de contracter manifestée par un langage et un moyen.

D'abord, plusieurs sources définissent l'acceptation expresse comme celle qui existe lorsque le destinataire de l'offre a utilisé afin de manifester sa volonté de contracter, un moyen de communication⁴, un langage¹, un procédé de communication des informations², des modes

¹ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 304 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 103 et 114 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 136 ; Lamy, *Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-73 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 179 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 270 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 76 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 133 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 156 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 252 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 734 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 66 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 222 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 4 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 185 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 80 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 85 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCI. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 11 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 273 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 187 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 270 ; D. Houtcief, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 162 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 78 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 213.

² Voir ci-dessus n° 161.

³ Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 19 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 202.

⁴ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 273 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 439.

d'expressions énumérés³, ou un acte en vue de faire connaître la volonté⁴. Or, ces définitions insistent sur le fait que l'acceptation est expresse si celle-ci est manifestée par un langage ou un moyen d'extériorisation, alors que l'acceptation est toujours expresse : elle est une volonté de contracter manifestée à la fois avec un langage et un moyen de l'extérioriser.

Par ailleurs, certains auteurs ont soutenu que l'acceptation est expresse dès lors que celle-ci n'est pas susceptible d'interprétation⁵. Néanmoins, toute acceptation est expresse, en ce sens qu'elle est une volonté de contracter manifestée par un langage et moyen : cela n'exclut pas qu'elle exige une interprétation, si cette volonté n'est pas claire et précise.

En outre, il a été affirmé que ce qui fait le caractère exprès d'une acceptation est son absence d'équivocité⁶. Toutefois, cette non-équivocité n'est pas le critère d'identification de l'acceptation expresse, ou une condition d'existence autonome par rapport aux quatre autres conditions d'existence de l'acceptation.

En somme, puisque l'acceptation est forcément expresse, en tant que volonté de contracter complète qui est manifestée par un langage et un moyen d'extériorisation, les expressions d'acceptation expresse et de manifestation expresse de volonté⁷, sont des pléonasmes.

270. La définition négative. La condition de manifestation de la volonté de contracter n'exigeait pas avant la réforme de 2016 et n'exige pas une notification effective à l'offrant, qui est le fait de la porter à la connaissance de l'offrant. En doctrine, quelques auteurs affirmaient

¹ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 164 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 107 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 180 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 26 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 870.

² C. Brenner, *Rép. civ. Dalloz, V° Acte juridique*, 2015, n° 84.

³ I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 153 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 68 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 103 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 169 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 136 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 76 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 21 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, 14^e éd., Dalloz, 2014, n° 735 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 133 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 80 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 94 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 188 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 78.

⁴ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 164 ; J. Carbonnier, *Droit civil, t. 4*, PUF, 22^e éd., 2000, n° 32 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 123 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 870 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 150 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 185.

⁵ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 870 ; C. Larroumet et S. Bros, *Le contrat*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 253 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 214.

⁶ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 164.

⁷ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 305 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 103 ; J. Carbonnier, *Droit civil, t. 4*, PUF, 22^e éd., 2000, n° 32 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, 14^e éd., Dalloz, 2014, n° 735 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 253 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, p. 336.

que la notification à l'offrant du consentement de l'acceptant ne conditionnait pas l'existence de l'acceptation¹, alors que d'autres soutenaient l'inverse². Parallèlement, l'article 1121 du Code civil affirme que le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Or, l'absence d'exigence d'une notification de la volonté de contracter s'explique par la nature d'acte juridique unilatéral de l'acceptation : elle était et reste une manifestation de volonté complète de produire un effet de conclusion du contrat, si bien que l'acceptation existe dès cette manifestation, même si cette volonté n'est pas parvenue à la connaissance de l'offrant. Toutefois, l'article 1121 prévoit à nos yeux une condition suspensive de l'effet de conclusion de l'offre et de l'effet de conclusion de l'acceptation, donc cette dernière existe sans notification mais n'est efficace que par cette dernière en principe.

Ainsi, cette notion d'acceptation expresse désigne la première condition d'existence de l'acceptation, qui est la manifestation de la volonté. Parallèlement, la notion d'acceptation tacite ne désigne pas une forme de l'acceptation opposée à l'acceptation expresse, mais se situe sur le plan des conditions de preuve de l'acceptation.

2. L'acceptation tacite

271. L'explication de la présomption. Les sources existantes ne définissent pas l'acceptation tacite comme une acceptation présumée, à l'exception de quelques-unes.

Généralement, les auteurs considèrent qu'en cas d'acceptation tacite, la volonté de contracter est induite³, déduite⁴, résulte⁵, ou découle⁶, d'un acte, d'un comportement ou d'un fait, de circonstances qui l'impliquent. Quant à lui, Godé, dans sa thèse étudiant la volonté et les

¹ M. Durma, *La notification de la volonté*, th. Paris, 1930, n° 90 et 101 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 344.

² J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 162.

³ A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 102 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 114 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 870 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 123 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 150 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 254 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V^o Consentement*, avr. 2007, n° 183 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 185 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 4 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 215.

⁴ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, n° 32 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 76 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 80 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 95 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 85 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 188.

⁵ J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 87 ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 154 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 305 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 103 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 136 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 45 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 123 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 133 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 475 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 289 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 188.

⁶ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, 14^e éd., Dalloz, 2014, n° 736 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit*

manifestations tacites, distingua les manifestations tacites et directes de volontés, qui résultaient de l'exécution de l'acte juridique¹, et les manifestations tacites et indirectes de volontés, résultant d'actes juridiques ou matériels, autres que l'exécution d'un acte juridique². Ponctuellement, des définitions de l'acceptation tacite évoquent la technique de la présomption pour affirmer que l'acceptation tacite ne s'explique que par une présomption de volonté³, ou au contraire n'est pas une acceptation présumée⁴.

Or, à nos yeux, l'acceptation tacite désigne la volonté de contracter complète présumée à partir d'un fait connu qui l'implique. De fait, il est parfois impossible de prouver la manifestation d'un consentement identique à l'offre, par un mode de preuve direct. Par suite, si la présomption est recevable en vertu des règles de preuve des actes juridiques, imposant une preuve écrite des actes supérieurs à 1500 euros, il était et reste possible de recourir à celle-ci permettant d'affirmer l'existence d'un fait inconnu, ici la manifestation d'un consentement complet, à partir de celle d'un fait connu qui l'implique.

272. Les présomptions légales. La loi prévoit des acceptations tacites.

D'abord, les sources existantes donnent comme exemple d'acceptation tacite, l'article 1985 du Code civil⁵, disposant que l'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire. Or, comme cela a été affirmé par certaines de ces sources, il s'agit d'une présomption légale de consentement répondant à l'offre, à partir d'un fait matériel d'exécution de contrat de mandat.

Ensuite, les écrits existants évoquent parmi les acceptations tacites, les articles 1432 et 1540 du Code civil, qui prévoient l'existence d'un mandat tacite entre époux mariés respectivement sous le régime de la communauté et de la séparation des pouvoirs, lorsqu'un époux gère les

des contrats, Dalloz, 2016, p. 21 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1021.

¹ P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977, n° 15.

² P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977, n° 15 et 42.

³ I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 157 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 69 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 165.

⁴ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 871.

⁵ I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 154 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 102 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 41 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 307 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 166 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 114 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, n° 32 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V^o Consentement*, avr. 2007, n° 184 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 150 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 76 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 254 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 222 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 4 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 80 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 95 ; C. Larroumet et S. Bros,

biens propres de l'autre au vu et au su de lui, mais sans opposition de sa part¹. Ainsi, comme cela a été affirmé², le consentement de l'époux dont les biens sont gérés est présumé à partir de son absence d'opposition alors que cet époux connaît cette gestion.

Enfin, des auteurs évoquent parmi les acceptations tacites, la tacite reconduction du bail, prévue par l'article 1738 du Code civil³. Dès lors, comme cela a été affirmé⁴, il s'agit d'une présomption légale de consentement complet, à partir du fait que le preneur soit laissé dans les locaux par le bailleur, qui ne manifeste pas de refus de contracter.

Inversement, lorsque le législateur exige une acceptation de la donation en termes exprès ou une subrogation expresse respectivement aux articles 932 et 1346-1 du Code civil, il écarte toute présomption d'acceptation. D'ailleurs, l'article 2292 du Code civil affirme que le cautionnement ne se présume point et doit être exprès, ce qui montre bien que la volonté expresse s'oppose à la volonté tacite, présumée.

273. Les présomptions judiciaires. Des acceptations tacites et non prévues par la loi résultent généralement de l'exécution d'un contrat⁵. Ainsi, l'acceptation tacite de la vente résulte de l'envoi du bien vendu, celle du contrat d'entreprise est impliquée par l'exécution de la prestation et celle du contrat de bail est déduite de l'installation du preneur dans les lieux. En réalité, dans tous ces cas, il s'agit de présomptions judiciaires de consentements complets

Les obligations, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 215.

¹ A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 114 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 193.

² J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 871.

³ I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 154 ; P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977, n° 22 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 167 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 114 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 736 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 4 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1021 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 55 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 215.

⁴ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 167.

⁵ I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 154 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 307 ; P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977, n° 34 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 166 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 103 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 115 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 136 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Consentement, avr. 2007, n° 185 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 273 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 45 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 123 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 76 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 133 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 150 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 254 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 51 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 475 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 185 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 289 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 188 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 272 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 59 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 55 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 215.

du destinataire de l'offre, à partir de faits matériels correspondant à l'exécution du contrat proposé par l'offre. Par exemple, le fait d'introduire de l'argent dans un distributeur automatique et de sélectionner un produit a été présenté comme une acceptation expresse¹ : certes s'il est écrit sur le distributeur que la personne l'utilisant achète un bien par les faits d'introduire l'argent et de sélectionner un bien avec les boutons, alors ce dernier fait est une acceptation expresse, c'est-à-dire une manifestation de volonté par un langage écrit et un moyen d'extériorisation ; mais si rien n'est écrit sur le distributeur, alors ce fait de sélectionner un bien est une acceptation tacite, présumée. Dans un autre registre, le fait de lever la main dans une vente publique constitue une acceptation tacite, et non une acceptation expresse comme cela est affirmé², parce qu'il ne constitue pas la manifestation d'une volonté par un langage et un moyen d'extériorisation ; l'acceptation est ici présumée.

Ainsi, les acceptations expresses et tacites sont opposées comme deux formes de manifestations de consentement, mais la première désigne la condition d'existence de l'acceptation qu'est la manifestation de la volonté et la seconde renvoie à la preuve de l'acceptation par présomption. Parallèlement, cette volonté tend à un effet de conclusion.

B. L'effet de la volonté

274. Les sources existantes définissent rarement la nature juridique de l'acceptation (1). Or, notre thèse est que l'acceptation est acte juridique unilatéral, avec pour effet essentiel à son existence, un effet de conclusion, mais aussi pour effet accessoire, une obligation de ne pas l'anéantir insérée dans celle-ci par la volonté de l'acceptant (2).

1. Les définitions existantes de la nature juridique de l'acceptation

275. Un fait juridique. La nature de fait juridique de l'acceptation fut soutenue. D'abord, selon Aubert, la nature juridique de l'acceptation ne laissait que peu de place à l'incertitude³ : il était logique que l'acceptation fût un fait juridique, car l'offre était normalement un fait juridique⁴. Toutefois, notre thèse est que l'offre était avant la réforme et reste un acte juridique unilatéral, avec pour effet essentiel à son existence, un effet de conclusion, et pour effet accessoire, une obligation de ne pas l'anéantir. En conséquence, par analogie avec l'offre, l'acceptation avait avant 2016 et conserve la nature d'un acte juridique unilatéral, avec pour effet essentiel à son existence, un effet de conclusion, et pour effet

¹ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 185.

² F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 185.

³ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 325.

⁴ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 326.

accessoire une obligation de ne pas l'anéantir. Parallèlement, afin d'écartier la nature d'acte juridique de l'acceptation, Aubert rappelait la définition de celui-ci comme manifestation de volonté de produire un effet juridique. Selon lui, l'acceptation n'était pas un acte juridique, car la formation du contrat n'était pas un effet produit par la seule acceptation : c'était la loi qui disposait que l'acceptation donnait naissance au contrat, autrement dit, l'acceptant ne déterminait pas l'effet de l'acceptation¹. Néanmoins, ce n'est pas la loi qui donnait avant 2016 et donne naissance au contrat, car cette conclusion résulte à nos yeux de la rencontre des consentements complets des parties au contrat produisant leur effet de conclusion.

Ensuite, un auteur affirma, avant la réforme de 2016, qu'il n'y avait pas de raison de reconnaître à l'acceptation la nature d'acte juridique, et donc que celle-ci était un fait juridique². Or, une partie de la doctrine affirmait la nature de fait juridique de l'offre, car cette dernière ne comportait pas, au moins en principe, d'obligation de maintien, si bien que celle-ci n'était pas un acte juridique et était nécessairement un fait juridique. En conséquence, l'affirmation de cet auteur relevait peut-être du même raisonnement : l'acceptation ne comportait pas d'obligation de maintien, donc elle était nécessairement un fait juridique. Toutefois, cette idée n'emporte pas notre adhésion, car afin de déterminer si une entité est un acte juridique, il faut déterminer si celle-ci est une manifestation de volonté de produire un ou plusieurs effets juridiques. Or, à nos yeux, l'offre comme l'acceptation sont des manifestations de volontés complètes de produire un effet de conclusion, donc des actes juridiques.

Enfin, dans sa thèse relative à l'offre et à l'acceptation, Papazol affirma que toutes deux, dans leur conception classique, étaient des véritables faits juridiques³. Pour justifier cela, il s'appuya sur l'article 932 du Code civil, selon lequel la donation entre vifs n'engage le donateur et ne produit aucun effet, que du jour de son acceptation en termes exprès. Par conséquent, il a peut-être considéré que l'offre ne produit aucun effet juridique et constitue donc un fait, tout comme l'acceptation. Toutefois, l'offre comme l'acceptation ne produisent pas les effets du contrat, qui sont produits par ce dernier lorsqu'il est conclu, mais elles ont le même effet qui leur est essentiel et qui est un effet de conclusion.

276. Un acte juridique. Plusieurs auteurs ont vu dans l'acceptation un acte juridique.

D'une part, plusieurs auteurs soutenaient, avant la réforme de 2016, que l'acceptation était un

¹ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ 1970, n° 328.

² C. Brenner, *Rép. civ. Dalloz, V° Acte juridique*, janv. 2013, n° 37.

³ I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 15.

acte juridique non obligatoire, mais sans justifier précisément cette affirmation¹, reprise depuis lors². Parallèlement, dans sa thèse relative à l'offre et à l'acceptation de 1907, Papazol voulut peut-être affirmer que l'offre et l'acceptation étaient des actes juridiques parce que celles-ci devaient être réalisées parfois par acte authentique ou sous seing privé au titre de conditions de validité ou de preuve, c'est-à-dire en respectant un formalisme réservé aux actes juridiques³. Néanmoins, cette idée n'emporte pas notre vote, car un acte authentique peut constater un fait matériel, alors qu'un écrit signé peut aussi constater un tel fait, donc le recours à ces formes ne fait pas de l'acceptation un acte unilatéral non obligatoire.

D'autre part, selon Worms⁴, l'acceptation était un acte unilatéral créateur de deux obligations, mais nous avons vu lors de l'étude de l'offre que cette idée ne peut convaincre parce que celle-ci révolutionne le contrat en voyant en lui la coexistence de plusieurs engagements unilatéraux, alors que celui-ci naît de la rencontre des consentements produisant leur effet de conclusion et s'éteignant. En revanche, la possibilité pour l'acceptation d'être un acte unilatéral obligatoire sans conception révolutionnaire du contrat n'a pas été envisagée.

2. La définition proposée de la nature juridique de l'acceptation

277. L'effet de conclusion. Notre thèse est que l'acceptation est un acte juridique unilatéral, avec pour effet essentiel à son existence, un effet de conclusion, et pour effet accessoire, une obligation de ne pas l'anéantir. Cette nature d'acte juridique unilatéral de l'acceptation peut être établie à l'aide des définitions existantes de l'acte et du fait juridiques.

D'une part, les sources existantes définissent l'acceptation comme l'agrément de l'offre⁵, la volonté de conclure⁶, de passer⁷, ou d'être lié par un contrat⁸, le consentement à la conclusion⁹, ou la volonté de s'engager dans le contrat proposé¹, de s'engager juridiquement².

¹ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 554 ter ; P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2006 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 270 ; B. Fages, *Droit des obligations*, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 77.

² J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 53.

³ I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 15.

⁴ R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, th. Paris, 1891, p. 184 et s.

⁵ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 152 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V^o Consentement*, avr. 2007, n° 146 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art.1109, Consentement*, sept. 2012, n° 35 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 121 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, p. 243 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 183.

⁶ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 270 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-59 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 77 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 429 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 113.

⁷ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris 1968, LGDJ, 1970, n° 280.

⁸ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 863 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 65 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 43 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-111 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, p. 273 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 210.

⁹ C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 250.

En particulier, l'article 1118 du Code civil issu de la réforme de 2016 affirme que l'acceptation est la manifestation de volonté d'être lié dans les termes de l'offre. Ainsi, à notre connaissance, il n'a jamais été soutenu que l'acceptation a pour effet juridique, un effet de conclusion. Pourtant, l'acte juridique est classiquement défini comme une manifestation de volonté de produire un effet juridique ou plusieurs³. Or, à l'aide de cette définition, il est possible d'affirmer que l'acceptation est un acte juridique unilatéral avec pour effet essentiel à son existence, un effet de conclusion.

D'autre part, le fait juridique est classiquement défini comme un fait auquel la loi attache un effet juridique ou plusieurs⁴. Or, avant la réforme de 2016, la loi n'attachait aucun effet juridique à l'acceptation, donc celle-ci n'était pas toujours un fait juridique. Parallèlement, avec cette réforme, l'article 1121 du Code civil détermine la date de conclusion du contrat, en disposant que le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant, mais la loi n'attache aucun effet juridique à l'acceptation : nous pensons que cet article prévoit une condition suspensive de l'effet de conclusion de l'offre et du même effet de l'acceptation, mais ce n'est pas la loi qui produit cet effet. Toutefois, ponctuellement l'acceptation peut entrer dans la catégorie des faits juridiques sans perdre sa nature d'acte juridique : c'est le cas lorsqu'elle constitue une faute extracontractuelle, voire une infraction.

278. L'obligation de non-anéantissement. La création par l'acceptation d'une obligation de ne pas l'anéantir est possible en théorie et utile en pratique.

Au plan théorique, pour la période antérieure à l'ordonnance de 2016, il était possible de créer une obligation par manifestation de volonté unilatérale¹. Symétriquement, depuis l'ordonnance de 2016, cette possibilité est reconnue par le rapport officiel sur ce texte. Pourtant, les sources existantes ne mentionnent pas la possibilité pour l'acceptation de contenir une obligation de ne pas l'anéantir, à l'exception de la thèse originale de Worms. Or, notre thèse est que l'offre avait et a pour effet essentiel, un effet de conclusion, et pour effet accessoire, une obligation de ne pas l'anéantir. Par conséquent, par analogie, l'acceptation pouvait avant 2016 et peut depuis la réforme contenir une obligation de ne pas l'anéantir, en tant qu'effet accessoire. Par suite, cette obligation peut être contenue dans un acte juridique

¹ A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 20 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 23.

² B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 2 et 65.

³ Voir ci-dessus n° 161.

⁴ Voir ci-dessus n° 162.

sans influencer sa qualification et n'est pas indispensable à son existence.

Au plan pratique, cette obligation est utile dans deux séries d'hypothèses.

La première est celle dans laquelle l'effet de conclusion de l'offre ou de l'acceptation est suspendu par une condition ou un terme suspensifs. En effet, avant la réforme de 2016, il était possible pour l'offrant comme pour l'acceptant, de prévoir un terme suspensif ou une condition suspensive de l'effet de conclusion auquel tendait la volonté. Après l'ordonnance de 2016, étant donné que l'article 1121 du Code civil fixe la date de conclusion du contrat à la réception de l'acceptation, nous pensons qu'il prévoit une condition suspensive de l'effet de conclusion de l'offre et de celui de l'acceptation. Ainsi, dans ces cas, jusqu'à la survenance de l'événement constituant ce terme ou cette condition, l'acceptation pouvait et peut être révoquée unilatéralement par son auteur, en vertu de la liberté, ou être rendue caduque par l'acceptant. Or, cette possibilité heurte la sécurité précontractuelle.

La seconde hypothèse est celle dans laquelle une acceptation n'est pas la dernière acceptation dans les contrats contenant plus de deux parties. Plus précisément, la conclusion du contrat interviendra dans ce cas au moment de la réception de la dernière acceptation. En conséquence, jusqu'à cette réception, l'acceptation antérieure peut être révoquée unilatéralement par son auteur en vertu de la liberté individuelle. Or, cela heurte la sécurité.

Dès lors, l'acceptation peut comporter une obligation de ne pas l'anéantir afin de rendre inefficace toute volonté de l'acceptant de la révoquer et d'interdire aussi tout acte ou fait rendant caduque l'acceptation. Cependant, une acceptation ne peut comporter une obligation de ne pas l'anéantir que si la volonté tend simultanément vers un effet de conclusion et à la création d'une telle obligation. En conséquence, il ne faut pas déduire l'existence de cette obligation de la présence d'un délai dans l'acceptation, lequel est un terme extinctif de l'effet de conclusion de l'acceptation.

Ainsi, afin qu'existe une acceptation, il faut une manifestation d'une volonté de produire un effet de conclusion ; de plus cette volonté doit être complète et postérieure à une volonté d'un tiers, identique et existante.

II. La complétude et la postériorité de la volonté

279. L'acceptation est, comme l'offre, une volonté de contracter complète (A),

¹ Voir ci-dessus n° 166 et s.

cependant elle est postérieure à l'offre (B).

A. La complétude de la volonté de contracter

280. La condition de complétude doit être expliquée (1), avant d'être appliquée dans les hypothèses dans lesquelles elle pose des difficultés (2).

1. L'explication de l'exigence de complétude de la volonté de contracter

281. L'approche classique. Les sources existantes appréhendent le fait que la volonté de contracter manifestée en réponse à l'offre doive être identique à cette dernière par une terminologie et la notion d'éléments essentiels qui n'emportent pas notre conviction.

D'une part, au plan terminologique, l'article 1118 du Code civil exprime cette exigence en affirmant que l'acceptation est la « volonté d'être lié dans les termes de l'offre ». Plus généralement, la doctrine désigne cette condition d'existence de l'acceptation en affirmant que la volonté de contracter doit être pure et simple¹, mais nous n'utiliserons pas cette expression car ces adjectifs s'appliquent difficilement à une volonté de contracter. D'autres auteurs affirment que la volonté de contracter manifestée en réponse à l'offre afin de constituer une acceptation doit correspondre², être identique³, conforme⁴, à l'offre, en concordance¹, ou

¹ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris 1968, LGDJ, 1970, n° 280 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 114 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 159 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 73 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 153 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 270 ; Lamy, *Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-63 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 121 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 865 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 130 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 751 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 20 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 65 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 146 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 251 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 77 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 158 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 25 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 223 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 183 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 43 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz, V° Contrat : formation*, janv. 2019, n° 49 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 22 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1046 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 73 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 287 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 184 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 116 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 54 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 432 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 158 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 77 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 212 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 81.

² C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français, t. 4*, 5^e éd., 1902, § 343, p. 480 ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 156.

³ P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 79.

⁴ C. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, t. 3, 1891, n° 18 ; M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 139 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 280 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 159 ; Lamy, *Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-63 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 79 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 129 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-111 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 83 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 77 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 72 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 271 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 58.

adéquation² avec l'offre. Cependant, exiger que l'acceptation soit conforme ou identique à l'offre est un pléonasme, car par nature l'acceptation est conforme à l'offre ; c'est bien la volonté de contracter qui, pour être qualifiée d'acceptation, doit être identique à celle de l'offrant. Finalement, nous préférons exprimer cette exigence en affirmant que la volonté de contracter manifestée en réponse à une offre ne constitue une acceptation que si elle présente une complétude identique à l'offre, notion qui est parfois utilisée³.

D'autre part, au fond, les sources existantes sont d'accord sur le fait que la volonté de contracter manifestée en réponse à l'offre doit comporter les mêmes éléments essentiels au contrat que cette dernière⁴. Corrélativement, il ne faut pas que la volonté de contracter manifestée en réponse à l'offre comporte un élément essentiel au contrat en plus, en moins ou différent de ceux de l'offre. En somme, il n'existe pas d'acceptation partielle ou d'accord partiel, même si cela a pu être soutenu⁵. Or, cette notion d'éléments essentiels au contrat n'emporte pas notre adhésion, comme nous l'avons démontré lors de l'étude de la complétude

¹ G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 114 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 138 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 79 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 36 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 251 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 83 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 4 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 70 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 85 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1046 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 5 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 212.

² R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 51 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 52.

³ P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 131 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 73.

⁴ P.-A. Merlin de Douai, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 14, 4^e éd., 1815, p. 500 ; C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, vol. 24, 2^e éd., 1870, n° 45 et s. ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, art. 1101, n° 10 ; C. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, t. 3, 1891, n° 18 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 480 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 286 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 150 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 114 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 159 et s. ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 80 ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006, n° 238 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, 2007 n° 157 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 271 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 41 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-63 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 79 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 121 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 865 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 147 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 131 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 251 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 751 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 51 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 65 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 473 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{er} éd., 2015, n° 170 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 83 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 183 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 52 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1047 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 287 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 432 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 170 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 77.

⁵ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 479 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 226.

de la volonté de contracter au titre des conditions d'existence de l'offre¹. Parallèlement, la doctrine exprime parfois cette exigence de conformité à l'offre de la volonté manifestée à sa suite en affirmant que la réponse à l'offre ne doit pas contenir de réserves², ou de conditions³. Or, nous avons démontré lors de l'étude de l'offre que la notion de réserve n'est pas autonome par rapport aux conditions d'existence de l'offre que sont son effet de conclusion et sa complétude. Dès lors, la même analyse doit être réalisée pour l'acceptation.

282. L'analyse proposée. L'étude de la complétude de la volonté de contracter manifestée après celle de l'offrant doit s'opérer en utilisant les mêmes concepts que ceux que nous avons définis pour l'étude de la complétude de la volonté de contracter afin que cette dernière constitue une offre⁴. Dès lors, il faut déterminer si cette volonté contient les effets abstraits, les éléments concrets et la forme essentiels à la complétude.

Dans un premier temps, étant donné que la volonté de contracter manifestée en réponse à celle de l'offrant doit comporter les mêmes effets abstraits essentiels à la complétude que celle-ci, il faut déterminer ceux contenus dans la volonté de contracter manifestée à la suite de l'offre et les comparer à ceux contenus dans cette dernière. En pratique, la difficulté vient du fait que l'auteur de la volonté de contracter manifestée à la suite de l'offre peut décrire de plusieurs manières le contenu du contrat voulu, en déterminant seulement le nom du contrat ou des contrats voulus, en déterminant les effets abstraits essentiels à la complétude du contrat voulu sans le nom de ce dernier, ou en déterminant le nom du contrat ou des contrats ainsi que les effets voulus, lesquels prime le nom pour la qualification. Ainsi, il ne faut pas que la volonté manifestée à la suite de l'offre comporte un effet abstrait essentiel à la complétude, en plus, en moins ou différent de celui ou de ceux qui sont contenus dans l'offre. D'une part, la volonté de contracter ne doit pas contenir un effet abstrait essentiel à la complétude qui n'est pas contenu dans l'offre, comme une soulte dans l'échange, car elle ne serait pas identique à l'offre et ne constituerait pas une acceptation.

D'autre part, un effet abstrait essentiel à la complétude contenu dans l'offre ne doit pas être

¹ Voir ci-dessus n° 18 et la partie préliminaire en général.

² J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 73 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 121 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 751 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 25 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 183 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Contrat : formation*, janv. 2019, n° 49 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 78 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 86 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 74 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1046.

³ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 121 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 51 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 183 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 23 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 52.

⁴ Voir ci-dessus partie préliminaire n° 41 et s.

absent de cette volonté de contracter, comme une charge après une offre de donation avec charge, car celle-ci ne serait pas identique à l'offre et ne constituerait pas une acceptation.

Dans un deuxième temps, la volonté de contracter manifestée après l'offre doit comporter les mêmes éléments concrets essentiels à la complétude que cette dernière.

Primo, cette volonté ne doit pas contenir un élément concret essentiel à la complétude en plus de ceux contenus dans l'offre, comme une condition suspensive par exemple¹.

Secundo, il ne faut pas que soit absent de cette volonté un élément concret essentiel à la complétude contenu dans l'offre, comme une clause de réserve de propriété.

Tertio, cette volonté de contracter manifestée à la suite de l'offre ne doit pas contenir un élément concret essentiel à la complétude différent de ce que contient l'offre. Par exemple, cet élément qui ne doit pas être différent est, dans la vente, le prix de vente², la chose à vendre³, la modalité de paiement du prix⁴, dans un contrat de publicité la prestation de publicité⁵, dans un contrat d'entreprise la nature de la prestation de reconstruction ou de remise en état d'une grange⁶. Cependant, une description différente de la même chose vendue dans l'offre et dans la volonté de contracter manifestée en réponse à cette dernière n'est pas une différence d'élément essentiel à la complétude⁷.

Dans un troisième temps, il faut constater le fait que cette volonté prend la forme légalement ou volontairement essentielle à la complétude.

Ainsi, afin de constituer une acceptation, la volonté de contracter manifestée à la suite d'une offre doit présenter une complétude identique à celle de l'offre. Cependant, en pratique, cette exigence de complétude identique pose parfois des difficultés.

2. L'application de l'exigence de complétude de la volonté de contracter

283. La connaissance de l'offre en général. Les sources existantes considèrent que la connaissance de l'offre est une condition d'existence de l'acceptation. Plus précisément, lorsqu'elles ne se contentent pas d'exiger cette connaissance en tant que telle⁸, elles désignent

¹ Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 1962 : Bull. civ. I, n° 94 ; Cass. 3^e civ., 26 avr. 1976, n° 74-13.527 : Bull. civ. III, n° 175 ; Defrénois 1977, 390, n° 6, obs. J.-L. Aubert.

² Cass. 3^e civ., 22 mars 1977, n° 75-14.057 : Bull. civ. III, n° 144 ; Defrénois 1977, 1515, n° 101, obs. J.-L. Aubert.

³ Cass. 3^e civ., 26 févr. 1975, n° 73-11.729 : Bull. civ. III, n° 83 ; Cass. 3^e civ., 1^{er} févr. 1995, n° 92-16.729 : Bull. civ. III, n° 36 ; RTD civ. 1995, p. 879, obs. J. Mestre.

⁴ Cass. 1^{re} civ., 26 oct. 1964 : Bull. civ. I n° 470.

⁵ Cass. 1^{re} civ., 12 mars 1985, n° 83-16.875 : Bull. civ. I, n° 89 ; RTD civ. 1986, p. 100, obs. J. Mestre ; Defrénois 1986, p. 384, n° 13, obs. J.-L. Aubert.

⁶ Cass. 2^e civ., 16 mai 1990, n° 89-13.941 ; Bull. civ. II, n° 98.

⁷ Cass. 1^{re} civ., 27 mai 1961 : Bull. civ. I, n° 271.

⁸ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 140 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 270 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 36 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 20 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 170 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme*

cette exigence comme relevant de la question du contenu¹, de l'étendue², du caractère éclairé de l'acceptation³, des documents contractuels⁴, ou des documents intégrés au champ contractuel⁵. Or, cette connaissance de l'offre par la personne manifestant une volonté de contracter en réponse à la première est présentée comme une condition d'existence évidente de l'acceptation. Toutefois, à notre sens, la connaissance du contenu de l'offre par la personne manifestant une volonté de contracter à sa suite n'est pas une condition d'existence distincte de l'exigence de complétude de la volonté conditionnant l'existence de l'acceptation. En effet, afin qu'une volonté de contracter constitue une acceptation, il faut qu'elle présente une complétude identique à la volonté de contracter de l'offrant. Pour cela, lorsque l'acceptant a manifesté sa volonté au vu de celle de l'offrant, il faut qu'il ait connu l'ensemble du contenu de l'offre, si bien que s'il n'a pas connu tout le contenu de l'offre, il n'a pas pu manifester une volonté présentant une complétude identique à celle de l'offre et constituant une acceptation. Or, l'alinéa 1^{er} de l'article 1119 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 et à sa suite, une partie de la doctrine⁶, n'évoquent cette connaissance du contenu de l'offre que pour les conditions générales, ce qui est restreint, car la connaissance du contenu de l'offre peut poser problème en dehors des conditions générales.

284. La connaissance de l'offre contenue dans un écrit. Lorsque l'offre a été créée par un écrit, la connaissance de son contenu, par la personne manifestant une volonté de contracter à sa suite, peut être difficile, que cet écrit comporte un recto seul ou avec un verso.

du droit des contrats, Dalloz, 2016, p. 25 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 66 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-122 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Contrat : formation, janv. 2019, n° 49 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 23 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1051 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 61 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 429 et s. ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 170.

¹ P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Consentement, avr. 2007, n° 164.

² F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 122 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 868 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 67 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 184 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 4 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 226 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code*, Art. 1113-1122, *Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 80 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 85 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 185 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 79.

³ *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-67 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 472 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 226 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 286.

⁴ F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, th. Paris 1, 1993, LGDJ, 1994, n° 7 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 129.

⁵ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 122 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 66 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 184.

⁶ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 202 et s. ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122.122 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 230 et s. ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 52 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 218.

D'une part, lorsque l'offre a pour seul support un écrit avec un recto et sans verso, la connaissance de son contenu, par la personne manifestant une volonté de contracter à sa suite, peut être rendue difficile par la présentation de cet écrit. Par exemple, une clause n'a pas été acceptée si elle n'a pas été connue car elle est minuscule¹, noyée dans un texte écrit en petits caractères², de couleur pâle³, difficilement lisible⁴, ou très petite et en langue anglaise⁵.

D'autre part, lorsque l'offre a pour support un écrit comportant un recto et un verso, la question de la connaissance de son contenu, par la personne ayant manifesté une volonté de contracter à sa suite, se pose plus fréquemment encore : cette personne n'a pas forcément connu ce verso, sauf lorsqu'elle l'a affirmé expressément⁶, lorsque le recto renvoie clairement au verso⁷, ou en cas de cumul de ces éléments⁸. Par exemple, la personne ayant manifesté une volonté de contracter en signant une offre écrite seulement au recto, peut ne pas avoir eu connaissance du verso, si bien que la jurisprudence considère que la clause située sur ce verso n'a pas été acceptée et est inopposable à cette personne⁹. Parallèlement, la jurisprudence exige un simple renvoi du recto au verso, et non une formule d'usage de prise de connaissance du verso¹⁰, ce qui s'explique par le consensualisme : un simple renvoi au verso par le recto indique que l'offre contient les deux.

285. La connaissance de l'offre contenue dans des écrits. La division matérielle de l'offre en une pluralité d'écrits peut poser un problème de connaissance de son contenu, par la personne ayant manifesté une volonté de contracter à sa suite.

D'abord, les divers écrits présentant le contenu de l'offre doivent être reliés entre eux par un renvoi¹¹. En effet, s'ils ne sont pas reliés, la jurisprudence considère généralement que le document auquel il n'a pas été fait référence par un autre connu, n'a pas été connu et que ses clauses sont inopposables¹², même si la Cour de cassation a pu retenir l'inverse en raison du

¹ Cass. 1^{re} civ., 31 mai 1983, n° 82-10.530 : Bull. civ. I, n° 159.

² Cass. 1^{re} civ., 27 févr. 1996, n° 93-21.845 : Defrénois 1996, p. 742, obs. J.-L. Aubert.

³ Cass. com., 17 févr. 1998, n° 95-21.668

⁴ Cass. com., 19 déc. 2000, n° 98-11.577.

⁵ Cass. com., 27 nov. 2007, n° 06-16.523.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 1991, n° 89-20.856 : Bull. civ. I, n° 342 ; Cass. 1^{re} civ., 20 janv. 1993 : Contrats, conc. consom. 1993, comm. 77, note G. Raymond ; Cass. 1^{re} civ., 11 avr. 1995, 92-19.091 : Contrats, conc. consom. 1995, n° 124, note L. Leveneur ; Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 2005, n° 04-12.725.

⁷ Cass. 2^e civ., 5 févr. 1986, n° 84-13.840 : Bull. civ. II, n° 8.

⁸ Cass. com., 6 juin 1995, n° 93-21.786.

⁹ Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1971, n° 69-14.617 : Bull. civ. I, n° 143 ; JCP 1972, II, 17280, note M. Boitard et A. Rabut ; Cass. 1^{re} civ., 3 mai 1979, n° 77-14.689 : Bull. civ. I, n° 128 ; D. 1980, IR 262, obs. J. Ghestin ; Cass. com., 26 févr. 1991, n° 89-18.587 : RTD civ. 1992, p. 78, obs. J. Mestre ; Contrats, conc., consom. 1991, comm. 105, obs. L. Leveneur.

¹⁰ Cass. com., 2 juin 2015, n° 14-11.014 : D. 2016, p. 566, obs. M. Mekki ; Gaz. Pal., 5 janv. 2016, 36, obs. D. Houtcieff.

¹¹ Cass. civ., 11 févr. 1908 : D. 1908, I, 214.

¹² Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1987, n° 86-12.114 : Bull. civ. I, n° 299 ; Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1992, n° 90-21.491 : Bull. civ. I, n° 203 ; D. 1994, p. 169, note P. Guez ; Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 2005, n° 03-18.467 : Bull. civ. I, n° 377 ; RTD civ. 2006, p. 107, obs. J. Mestre et B.

pouvoir souverain des juges du fond¹. Toutefois, ce renvoi est à étudier au titre des conditions d'existence de l'offre, car afin que plusieurs écrits soient le vecteur de manifestation de l'offre, il faut qu'il existe un renvoi entre ceux-ci.

Ensuite, si l'offre a été manifestée par une pluralité d'écrits dont l'un renvoie à l'autre ou aux autres, il faut que la personne ayant manifesté une volonté de contracter à sa suite, ait eu connaissance du contenu de l'ensemble de ces écrits, afin que celle-ci constitue une acceptation, ce qui est établi notamment lorsque cette personne l'a affirmé². À l'inverse, si cette personne n'a pas connu l'ensemble de ces documents, les clauses des documents inconnus n'ont pas été acceptées et sont inopposables à celle-ci selon la jurisprudence³.

286. La connaissance de l'offre et la publicité. Se pose parfois la question de savoir si une publicité constitue un des vecteurs de manifestation de l'offre, contenant certaines des clauses du contrat. Or, la jurisprudence considère qu'une publicité peut avoir valeur contractuelle, en ce sens que celle-ci peut contenir une des clauses du contrat. Ainsi, elle a considéré qu'une publicité présentant une machine comme réalisant des chèques infalsifiables avait créé une obligation de garantie contre toute falsification de chèque⁴. De même, elle a décidé que le fait d'avoir mentionné sur un plan de commercialisation d'un immeuble, une bande de terrain comme espace vert contenu dans la vente, faisait entrer cette bande dans l'objet de l'obligation du vendeur⁵. Cependant, ces solutions sont critiquables, car pour que la publicité contienne une partie du contenu du contrat et constitue l'un des vecteurs de manifestation de l'offre, il faut que soit opéré un renvoi à la publicité par l'autre écrit contenant la première partie de l'offre de vente, ce qui ne semblait pas être le cas ici. Par suite, il ne faut pas affirmer comme le font la jurisprudence⁶, et la doctrine⁷, que les documents publicitaires peuvent avoir une valeur contractuelle dès lors que, suffisamment

Fages ; Cass. com., 7 déc. 2010, n° 09-71.355 : Contrats, conc., consom. 2011, n° 56, obs. L. Leveneur ; Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2014, n° 12-28.304 : Bull. civ. I, n° 35 ; Cass. com., 6 sept. 2016, n° 15-12.281 : RDC 2017, p. 17, obs. Y.-M. Laithier.

¹ Cass. com., 5 mars 1991, n° 89-17.360 : Bull. civ. IV, n° 96.

² Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1998, n° 96-15.126 : Bull. civ. I, n° 316 ; Contrats, conc., consom. 1999, comm. 18, obs. L. Leveneur ; Defrénois 1999, 367, obs. P. Delebecque ; Cass. 1^{re} civ., 16 févr. 1999, n° 96-19.469 : Bull. civ. I, n° 51 ; JCP 1999, II, 10162, note B. Fillion-Dufouleur ; JCP G 1999, I, 191, n° 1, obs. G. Virassamy ; Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 2012, n° 10-24.592.

³ Cass. com., 28 févr. 1983, n° 78-10.813 : Bull. civ. IV, n° 89 ; Cass. 1^{re} civ., 19 juill. 1989, n° 88-10.289 ; Cass. com., 9 juill. 1991, n° 90-10.535 : Bull. civ. IV, n° 256 ; RTD civ. 1992, p. 389, obs. J. Mestre ; Cass. 1^{re} civ., 19 mai 1992, n° 90-19.995 : Bull. civ. I, n° 146.

⁴ Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-11.164 : Bull. civ. IV, n° 195 ; D. 1998, jurispr. p. 248, note G. Pignarre et G. Paisant ; RTD civ. 1998, p. 363, obs. J. Mestre.

⁵ Cass. 3^e civ., 17 juill. 1997, n° 95-19.166 : Bull. civ. III, n° 174 ; RTD civ. 1998, p. 363, obs. J. Mestre.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2010, n° 08-14.461 ; RDC 2010, p. 1197, obs. D. Mazeaud.

⁷ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 122 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 20 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 184 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 226 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 23.

précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du cocontractant.

287. La connaissance de l'offre et l'affiche. Se pose parfois la question de savoir si une affiche constitue un des vecteurs de manifestation de l'offre, contenant certaines des clauses du contrat. Or, un arrêt en a décidé ainsi et a considéré que la connaissance de cette affiche et de ses clauses, par la personne ayant manifesté une volonté de contracter à sa suite, peut être établie par le fait que cette personne est habituée des lieux dans lesquels l'affiche est présente¹. Néanmoins, cette jurisprudence est critiquable. D'une part, du point de vue des conditions d'existence de l'offre, il faut que soit fait référence à cette affiche par le document contenant une partie de l'offre, afin que cette affiche constitue un vecteur de l'offre et comporte l'autre partie de cette dernière. D'autre part, du point de vue des conditions d'existence de l'acceptation, afin que la volonté de contracter manifestée à la suite de l'offre constitue une acceptation, il faut que son auteur ait connu l'ensemble du contenu de l'offre, donc l'écrit et l'affiche. Or, dans cet arrêt, il n'était pas clairement établi que l'affiche contenait une partie de l'offre, si bien que son contenu ne faisait pas partie du contrat.

288. L'absence de connaissance de toute l'offre. En définitive, l'absence de connaissance du contenu de l'offre par la personne manifestant une volonté de contracter à sa suite est sanctionnée diversement. Généralement, lorsqu'une clause de l'offre n'a pas été connue par la personne ayant manifesté une volonté de contracter à sa suite, la jurisprudence précitée², et la doctrine³, considèrent que le contrat a été formé par cette volonté constituant une acceptation, mais que cette clause lui est inopposable. Plus rarement, certaines sources se prononcent en faveur de la nullité⁴, et des auteurs considèrent que les clauses non connues sont écartées par le juge, sans indiquer la nature de ce processus¹. Toutefois, à notre sens, la connaissance du contenu de l'écrit ou des divers écrits ayant servi à manifester l'offre, par la personne manifestant une volonté de contracter à sa suite, n'est pas une condition d'existence de l'acceptation en droit, mais conditionne en fait la complétude de cette volonté. De fait, si la personne manifeste une volonté de contracter à la suite de l'offre, sans connaître le contenu de

¹ Cass. 1^{re} civ., 3 juin 1970, n° 67-12.789 : D. 1971, jurispr. p. 373, note P. Chauveau.

² Cass. 3^e civ., 20 avr. 2017, n° 16-10.696 : Bull. civ. III n° 437 ; RDI 2017, p. 307, obs. P. Dessuet ; RTD civ. 2017, p. 635, obs. H. Barbier ; JCP E 2017, 1393, note S. Le Gac-Pech ; D. 2018, p. 371, obs. M. Mekki.

³ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 270 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 122 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 170 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 472 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 230 et s. ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 23 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1051 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 431 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 170.

⁴ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 270 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-69 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1051.

l'ensemble des écrits ayant servi à manifester l'offre, elle n'a pas connu l'entier contenu de l'offre et cette volonté manifestée à la suite de l'offre ne présente pas une complétude identique à celle de l'offre et n'est pas une acceptation, si bien qu'aucun contrat ne s'est formé.

289. La contradiction et les conditions générales. Avant la réforme de 2016, la jurisprudence², approuvée par la doctrine, considérait que les conditions générales des parties, qui étaient contradictoires, s'annulaient³, étaient écartées du champ contractuel⁴, ou inefficaces⁵. Avec la réforme de 2016, l'article 1119 du Code civil affirme que les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si celles-ci ont été portées à la connaissance de cette autre partie et si cette dernière les a acceptées. Ceci est une exigence de fait logique, car la personne répondant à l'offre doit avoir connu tout son contenu pour manifester un consentement identique.

Premièrement, l'alinéa 2 de l'article 1119 dispose qu'en cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet. Or, la formulation de la privation d'effet des conditions générales contradictoires, reprise en doctrine⁶, ne convainc pas. De fait, les conditions générales contenues dans l'offre ne sont pas reprises identiquement dans la volonté manifestée à sa suite, qui comporte des conditions générales différentes, donc cette dernière n'est pas identique à l'offre et ne devrait pas constituer une acceptation. Aussi, cet alinéa 2 devrait affirmer que les discordances des conditions générales contenues dans une offre et dans la volonté manifestée à sa suite sont réputées ne pas être contenues dans ces volontés de contracter, qui sont ainsi réputées être identiques et avoir formé un contrat. Autrement dit en doctrine, cet alinéa 2 fait comme si les parties n'avaient rien stipulé sur la question contradictoire⁷, en écartant⁸, neutralisant les clauses contradictoires⁹, qui s'annuleraient¹. À ce titre, le rapport sur l'ordonnance du 10

¹ P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 129.

² Cass. com., 20 nov. 1984, n° 83-15.956 : Bull. IV, n° 313 ; Cass. 1^{re}, 28 mars 1995, n° 93-13.237 : Bull. civ. I, n° 140 ; JCP 1995, IV, 1321.

³ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 122.

⁴ B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 80.

⁵ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 171.

⁶ N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 25 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-122 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 236 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 52 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 88 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 271 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 431 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 137.

⁷ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 184 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 85.

⁸ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 218.

⁹ T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 67 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir.,

février 2016 évoque la « neutralisation » des conditions générales contradictoires.

Deuxièmement, l'alinéa 3 de l'article 1119 affirme qu'en cas de discordance entre des conditions générales et des conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières. Or, cette règle signifie que la volonté de contracter qui contient matériellement des conditions générales et des conditions particulières qui divergent, est réputée ne pas contenir les conditions générales incompatibles avec les conditions particulières.

Ainsi, afin de constituer une acceptation, la volonté de contracter doit être complète comme l'offre ; cependant elle est postérieure à l'offre.

B. La postériorité de la volonté de contracter

290. Une volonté de contracter complète constitue une acceptation, si elle est postérieure à une première volonté identique émanant d'un tiers et constituant une offre (1), ou contenue dans la promesse unilatérale de contrat de l'article 1124 du Code civil car la levée d'option n'est à nos yeux qu'une acceptation du contrat promis (2).

1. La volonté postérieure à une volonté identique contenue dans une offre de contrat

291. La condition d'existence de l'acceptation qu'est la postériorité de la volonté de contracter n'est pas très développée par les sources existantes. Pourtant, une manifestation de volonté de contracter ne peut être qualifiée d'acceptation que si elle suit une offre à laquelle elle est identique. Ainsi, cette première volonté identique doit préexister à l'autre volonté, mais aussi exister lorsque cette dernière est extériorisée. En pratique, il ne faut pas que l'offre ait été révoquée ou rendue caduque avant la manifestation de volonté de contracter identique à celle-ci, sinon cette dernière ne peut être qualifiée d'acceptation.

Dans la majorité des cas, la loi n'a pas régi spécialement le moment de l'acceptation, mais la condition de postériorité est alors appliquée d'une manière à laquelle nous n'adhérons pas dans les hypothèses de contrats avec plus de deux parties. Comme nous l'avons expliqué lors de l'étude de la condition d'existence de l'offre qu'est l'antériorité, dans les contrats comportant plus de deux parties, dont certaines sont codébiteurs ou cocréanciers, à l'instar du contrat de vente d'un bien à un couple, si ces codébiteurs ou cocréanciers manifestent leurs volontés de contracter avant celle des autres parties, ces volontés ne constituent pas une offre. Plus

Dictionnaire du contrat, LGDJ, 2018, n° 4 ; *Droit des contrats. Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 45 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1052 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 286 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 63.

précisément, la première est une offre, alors que la deuxième est une acceptation.

Ponctuellement, le législateur a créé des délais de réflexion relatifs au moment de l'acceptation afin de lutter contre celle qui serait prématurée et irréfléchie, mais leur analyse, que nous avons faite², conduit à affirmer que ces délais intéressent les conditions de validité de l'acceptation et non la condition d'existence de l'acceptation qu'est la postériorité, en ce sens que ces délais ne conditionnent pas l'existence de l'acceptation à une postériorité éloignée de l'offre. En conséquence, dans ces cas, si une personne manifeste une volonté de contracter identique à celle de l'offrant à sa suite, une acceptation existe, mais l'irrespect de ses conditions de validité sera sanctionné par le juge.

Ainsi, la condition d'existence de l'acceptation qu'est la postériorité de la volonté de contracter s'entend d'une postériorité par rapport à une volonté identique et généralement contenue dans une offre, mais celle-ci peut être contenue dans une promesse.

2. La volonté postérieure à une volonté identique contenue dans une promesse de contrat

292. Selon nous, lorsque le bénéficiaire de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement de l'article 1124 du Code civil, manifeste un consentement complet et identique à celui contenu dans la promesse, il s'agit d'une acceptation du contrat promis. Cela est logique car cette promesse unilatérale a été créée à la suite de l'idée de Demolombe de 1868 d'un avant-contrat créant une obligation de ne pas anéantir une offre : certaines sources ont pris l'habitude de définir la promesse unilatérale de contrat comme un contrat contenant le consentement au contrat promis, donc le consentement manifesté en réponse à celui contenu dans la promesse est une acceptation du contrat promis. À ce titre, la levée d'option a été vue par Aubert comme une acceptation particulière¹. En réalité, les conditions de la levée d'option et de l'acceptation sont identiques, donc ce sont les mêmes notions.

293. L'identité des conditions d'existence. La levée d'option et l'acceptation ont les mêmes conditions d'existence.

Premièrement, la manifestation de la volonté est une condition d'existence qui est commune à la levée d'option et à l'acceptation.

Deuxièmement, l'acceptation comme la levée d'option tendent vers la production d'un effet de conclusion. En effet notre thèse est que l'acceptation est un acte juridique unilatéral avec

¹ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 204 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 79.

² Voir ci-dessous n° 327.

pour effet essentiel, un effet de conclusion. Parallèlement, la levée d'option est présentée comme contenant le consentement du bénéficiaire au contrat promis². Par conséquent, la levée d'option est une volonté de contracter, c'est-à-dire une volonté de produire un effet de conclusion du contrat promis, comme l'acceptation.

Troisièmement, afin de constituer une levée d'option et de former le contrat, le consentement manifesté par le bénéficiaire doit être identique à celui du promettant³. Dès lors, la levée d'option et l'acceptation sont des consentements complets.

Quatrièmement, la levée d'option comme l'acceptation sont des consentements complets qui sont postérieurs à un premier consentement identique d'une autre partie. Plus précisément, l'acceptation est postérieure à un consentement identique contenu dans une offre. Parallèlement, la levée d'option est postérieure au consentement complet du promettant contenu dans la promesse unilatérale de contrat de l'article 1124.

294. L'identité des conditions de validité et de preuve. La levée d'option et l'acceptation ont les mêmes conditions en général.

Primo, l'absence de vice du consentement s'apprécie de manière identique en matière de levée d'option et d'acceptation. En effet, c'est au moment de la levée d'option que s'apprécie l'absence d'erreur, de dol et de violence du point de vue du consentement manifesté par le bénéficiaire⁴. Or, c'est au moment de l'acceptation que s'apprécie l'absence d'erreur, de dol et de violence concernant le consentement extériorisé par l'acceptant.

Secundo, l'absence d'incapacité de contracter est appréciée de façon identique en matière de levée d'option et d'acceptation. Plus précisément, la capacité du bénéficiaire de conclure le contrat promis par la promesse unilatérale de contrat de l'article 1124 s'apprécie au moment de la levée d'option⁵. Parallèlement, la capacité de l'acceptant de conclure le contrat proposé

¹ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 346.

² H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 135-2 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, janv. 2011, n° 131 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 66 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 240 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 193 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 93 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 150 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 767 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-140 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 448 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 56.

³ *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-145 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, 2021, n° 136 et s.

⁴ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 67 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 826 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 193 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 150.

⁵ R. Levrier, *Contribution à l'étude des promesses de vente*, th. Bordeaux, 1920, p. 114 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 66 ; J.-R. Dautriche, *La promesse unilatérale de vente en droit français*, th. Paris, 1930, p. 28 et s. ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 19 et s. ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de*

par l'offrant s'apprécie au moment de l'acceptation.

Tertio, les sources existantes affirment que la levée d'option n'est soumise en principe à aucune forme au titre de sa validité¹. Or, l'acceptation n'est soumise à aucune forme au titre de sa validité en vertu du principe du consensualisme.

Quarto, les sources existantes affirment généralement que la levée d'option est soumise aux règles de preuve des actes juridiques². Or cela s'explique par le fait qu'elle est le consentement à un contrat, comme l'est l'acceptation.

En définitive, l'acceptation est une manifestation d'un consentement complet et identique à un premier : elle est le contraire du silence.

Section II. La non-manifestation d'un consentement complet et identique à l'offre

295. La question du silence a suscité un grand intérêt de la doctrine et un certain contentieux en jurisprudence en raison de ses forts enjeux pratiques. En témoigne le nombre de thèses consacrées à la question depuis 1804³. C'est ainsi que les sources existantes opposent un principe selon lequel le silence n'a pas la valeur d'acceptation, et une série d'exceptions, dans lesquelles le silence aurait la valeur d'une acceptation. Or, au travers de l'explication générale de ces règles (**I**) et de leurs applications particulières (**II**), nous allons démontrer que ce principe n'est qu'un corrélat de la première condition d'existence de l'acceptation qu'est la manifestation d'un consentement et surtout qu'il n'existe jamais d'acceptation par le silence.

vente d'immeuble, th. Lille, 1947, p. 69 et s. ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 50 et s. ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 500 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 67 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 193 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 137 et 141 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 826 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 448 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-140 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 201 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 258 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 254 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 73 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 132 et s. ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 201 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 234.

¹ M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 74 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 142.

² M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 75 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 143.

³ A. Robert, *Des contrats par correspondance*, th. Dijon, 1868 ; É. Petit, *Du contrat par correspondance en droit français*, th. Paris, 1891 ; M. Darmuzey, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1895 ; A. Dolbeau, *Des contrats par correspondance en général*, th. Caen, 1896 ; J. Barrault, *Essai sur le rôle du silence créateur d'obligations*, th. Dijon, 1912 ; V. Poirier, *Les effets juridiques du silence*, th. Paris, 1920 ; J.-P.-M. Binoux, *Silence et inaction dans les actes juridiques*, th. Paris, 1944 ; N. Madjarian, *Le silence dans la formation du contrat*, th. Nice, 1965 ; M.-J. Littmann, *Le silence et la formation du contrat*, th. Strasbourg, 1969 ; P. Diener, *Le silence et le droit*, th. Bordeaux, 1975 ; P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977.

I. L'explication du principe d'absence d'acceptation par le silence et de ses exceptions

296. Les sources existantes opposent unanimement un principe d'absence d'acceptation par le silence (A) et des exceptions d'acceptation par le silence (B).

A. L'explication du principe d'absence d'acceptation par le silence

297. Le principe de non-acceptation par le silence est expliqué diversement, mais cette absence d'acceptation est un corrélat de la définition de cette dernière.

298. Les explications existantes. Le silence est défini comme une attitude totalement passive¹, le néant², le fait de ne pas répondre³, de ne pas réagir⁴, ou de ne pas manifester de volonté de contracter⁵.

Or, un arrêt de la Cour de cassation rendu le 25 mai 1870⁶, a affirmé le principe selon lequel « le silence de celui que l'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée ». Puis, la règle a été confirmée par la jurisprudence qui a évolué dans sa formulation et par la doctrine. Ainsi à la veille de l'ordonnance du 10 février 2016, le principe était que le silence ne valait pas acceptation, en jurisprudence⁷, comme en doctrine⁸. C'est pourquoi l'article 1120 du Code

¹ 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 69 ; M.-J. Littmann, *Le silence et la formation du contrat*, th. Strasbourg, 1969, n° 4 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 313 ; P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977, n° 158 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 188 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 873 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 273 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 151 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 134 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-75 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 78 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 119 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 273 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 441 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 211.

² P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 289 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 190.

³ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 41 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 168 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 137 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 124 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 255 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 186 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 216.

⁴ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 239 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 60.

⁵ A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 128 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 475.

⁶ Cass. civ., 25 mai 1870 : DP 1870, 1, 257 ; S. 1870, 1, 341 ; GAJ civ. 2015, t. 2, n° 146.

⁷ Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 1993, n° 91-15.602 : Contrats, conc., consom. 1993, comm. 145, obs. G. Raymond ; Cass. 1^{re} civ., 16 avr. 1996, n° 94-16.528 : Bull. civ. I, n° 181 ; RTD civ. 1996, p. 894, obs. J. Mestre ; Defrénois 1996, p. 1013, obs. P. Delebecque ; Cass. 1^{re} civ., 24 mai 2005, n° 02-15.188 : Bull. civ. I, n° 223 ; D. 2006, p. 1025, note A. Bensamoun ; JCP 2005, I, 194, n° 1, obs. C. Pérès-Dourdou ; Contrats, conc., consom. 2005, comm. 165, obs. L. Leveneur ; RDC 2005, p. 1007, obs. D. Mazeaud.

⁸ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 313 ; P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977, n° 168 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 169 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 103 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 137 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 273 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 47 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 124 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, 4^e éd., 2013, n° 873 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 77 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-77 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 134 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É.

civil issu de la réforme de 2016 reprend cette formule, adoptée par la doctrine¹.

Par ailleurs, le principe selon lequel le silence ne peut valoir acceptation a été justifié par l'équivocité du silence², ou par l'impossibilité de contraindre le destinataire de l'offre à répondre, soit par un refus, soit par une acceptation³. Mais, celles-ci ne convainquent pas.

299. L'explication proposée. Du point de vue des conditions d'existence de l'acceptation, soit il existe une volonté de contracter identique à l'offre, manifestée par un langage et un moyen de l'extérioriser, soit il n'en existe pas. Dès lors, le silence se définit comme le contraire d'une acceptation : il est l'absence de manifestation de volonté de contracter complète par un langage et un moyen de l'extérioriser, identique à l'offre. Par conséquent, les formulations et justifications du principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation ne nous convainquent pas.

En droit, l'extériorisation d'un consentement identique à l'offre est la première condition d'existence de l'acceptation. Par suite, sans cette manifestation, l'acceptation n'existe pas. Ainsi, le principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation s'apparente à un truisme, car cela revient à affirmer que l'absence de manifestation de consentement identique à l'offre ne vaut pas manifestation de consentement identique à l'offre. Aussi, faut-il évoquer plutôt l'absence d'acceptation par le silence comme un simple corrélat de la première condition

Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 151 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 20 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 255 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 66 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 737 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 78 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 475 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 164.

¹ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 206 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 239 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 187 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 43 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 68 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-112 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations*, *Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 81 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 4 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 79 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 23 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 85 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 98 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1023 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 289 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 191 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 119 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 273 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 164 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 78 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 216 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 211.

² J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 873 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 124 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-77 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 134 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 151 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 78 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 239 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 187 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 79.

³ A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 66 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 255 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 239 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 216 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 78.

d'existence de l'acceptation qui est l'exigence d'extériorisation d'une volonté de contracter complète. Dès lors, ce principe de l'article 1120 du Code civil, selon lequel le silence ne vaut pas acceptation ne s'explique pas par la prétendue équivocité du silence, lequel n'est pas équivoque mais est le néant en tant qu'absence de manifestation d'un consentement complet. Il ne s'explique pas non plus par l'impossibilité de contraindre le destinataire de l'offre à manifester sa volonté de contracter, puisque la possibilité de cette contrainte ne permettrait pas de saisir le silence comme une acceptation.

En fait, afin d'illustrer la mise en œuvre de ce principe, peut être donné l'exemple d'une pratique ayant consisté pour une personne à envoyer un bien à une autre, en précisant que sans réponse de la part du destinataire, ce dernier était considéré comme acceptant le contrat de vente. Or, si le destinataire ne manifeste pas de consentement identique à l'offre, il n'existe pas d'acceptation. En outre, il n'est pas possible de présumer un consentement à partir de l'absence de renvoi du bien reçu ou de refus de contracter, car le juge ne peut déduire l'existence d'une acceptation à partir de ces faits négatifs seuls. D'ailleurs, l'article L122-3 du Code de la consommation condamne pénalement cette pratique.

Ainsi, la présentation classique du principe d'absence d'acceptation par le silence ne convainc pas ; celle des exceptions à ce principe ne convainc pas non plus.

B. L'explication des exceptions à l'absence d'acceptation par le silence

300. Depuis 1870, la jurisprudence et la doctrine ont reconnu de façon croissante des exceptions au principe d'absence d'acceptation par le silence, qui ont été reprises pour la plupart à l'article 1120 du Code civil issu de la réforme de 2016. Or, les explications de ces exceptions sont diverses : les unes sont admises par de nombreuses sources (1), les autres proviennent d'œuvres spécialisées (2).

1. Les explications communes des exceptions à l'acceptation par le silence

301. La valeur d'acceptation du silence. La jurisprudence et la doctrine affirment que le silence peut avoir la valeur, la signification, la portée ou l'effet d'une acceptation. Cependant, la loi, l'usage et le juge ne peuvent pas donner au silence, lequel est l'absence de manifestation d'un consentement identique à l'offre, la valeur, la signification, la portée ou l'effet d'une acceptation, laquelle est une manifestation d'un consentement identique à l'offre. De fait, les termes de valeur, signification et portée sont peu consistants techniquement et ne sont pas adaptés ici puisque le consentement au contrat est une volonté de produire un effet de conclusion selon nous. Parallèlement, le silence, qui est l'absence de volonté de produire un

effet de conclusion identique à l'offre, ne peut obtenir par la loi, l'usage ou le juge, l'effet de l'acceptation qui est la volonté de produire un effet de conclusion identique à l'offre. Plus précisément, au plan technique aucun mécanisme ne permet de faire cela, ce qui serait une violation de la première condition d'existence de l'acceptation qu'est la manifestation d'un consentement identique à l'offre et de la liberté contractuelle.

302. L'interprétation du silence. La doctrine évoque parfois la possibilité pour le juge d'interpréter le silence comme une acceptation. Néanmoins, comme cela a été affirmé¹, le juge ne peut interpréter une absence de manifestation de volonté comme étant une telle manifestation, car seule une volonté manifestée et non claire peut être interprétée.

303. La présomption et le silence. La jurisprudence et la doctrine évoquent aussi l'acceptation tacite ou présumée par le silence, voire le silence circonstancié permettant d'établir l'acceptation. Plus précisément, l'acceptation tacite est une acceptation présumée à nos yeux et se situe sur le plan des conditions de preuve. Or, la présomption est un mode de preuve consistant à prouver un fait inconnu à partir d'un fait connu impliquant l'existence du précédent. Dès lors une acceptation, qui est une manifestation de volonté de contracter identique à l'offre, ne peut être présumée à partir du silence, qui est le contraire de l'acceptation en tant qu'absence de volonté de contracter identique à l'offre. De plus, une telle présomption serait contraire à la liberté contractuelle. Parallèlement, l'idée de silence circonstancié est un oxymore : le silence est le néant et ne peut être circonstancié, donc évoquer le silence circonstancié revient à retenir l'existence d'une acceptation à partir des circonstances², ce qui ne peut se faire techniquement que par une présomption d'acceptation à partir de ces dernières. Par ailleurs d'autres explications de ces exceptions existent.

2. Les explications spécialisées des exceptions à l'acceptation par le silence

304. La convention d'acceptation par le silence. Barrault expliqua ces exceptions dans sa thèse sur le rôle du silence créateur d'obligations, soutenue en 1912, par l'existence d'une convention primitive attribuant la valeur d'une acceptation au silence pour l'avenir³. Toutefois, cela implique l'existence de volontés de conclure une telle convention alors que celles-ci n'existent pas et qu'une telle convention ne pourrait donner un effet de conclusion à l'absence de volonté de produire un tel effet.

¹ DP 1939, I, p. 5, note P. Voirin.

² J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, p. 67 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 317 et s.

³ J. Barrault, *Essai sur le rôle du silence créateur d'obligations*, th. Dijon, 1912, p. 129 et s.

305. L'abus de droit. Popesco-Ramniceano expliqua ces cas en 1930 comme constituant des sanctions de l'abus du droit de conserver le silence¹. Certes le fait pour le destinataire de ne pas manifester un consentement identique à celui de l'offrant peut éventuellement constituer une faute délictuelle et un abus de droit. Or, dans ce cas le mécanisme de la responsabilité délictuelle oblige le destinataire à réparer les conséquences dommageables de sa faute, laquelle est l'absence de manifestation d'un consentement. En revanche, il ne peut techniquement donner valeur d'acceptation au silence, car il ne sert pas à neutraliser l'existence de la faute.

306. La responsabilité délictuelle. M. Madjarian expliqua ces solutions, dans sa thèse sur le silence dans la formation du contrat, soutenue en 1965², par l'existence d'une obligation de manifester une volonté de contracter à la charge du destinataire de l'offre, résultant des anciens articles 1382 et 1383 du Code civil. Néanmoins, ces articles relatifs à la responsabilité délictuelle ne créaient qu'une obligation de réparer le préjudice causé par un comportement socialement défectueux et ne pouvaient fonder une telle obligation de manifester un consentement, dont l'inexécution aurait été sanctionnée par l'attribution de valeur d'acceptation au silence.

307. L'apparence d'acceptation. Mme Marie-José Littmann expliqua ces constructions, dans sa thèse sur le silence et la formation du contrat, soutenue en 1969, par l'idée de confiance légitime de l'offrant en une apparence de consentement du destinataire de l'offre par son silence³. Pourtant, le silence, qui est l'absence de manifestation de volonté de contracter ne donne aucune apparence de volonté de contracter, et surtout aucun texte ne pourrait fonder cette construction intellectuelle.

308. Le silence manifestant une volonté. Godé expliqua ces règles, dans sa thèse de 1973, relative aux volonté et manifestations tacites, en affirmant que le silence peut manifester une volonté⁴. Cependant, le silence ne peut pas manifester une volonté, car il est l'absence de manifestation d'une volonté.

309. L'objectivation du silence. M. Pierre Diener expliqua ces solutions, dans sa thèse étudiant les rapports entre le silence et le droit, de 1975, par le concept d'objectivation du silence⁵. Néanmoins, l'absence de manifestation de volonté de contracter ne peut être

¹ R. Popesco-Ramniceano, *Le silence créateur d'obligations et l'abus de droit*, RTD civ. 1930 p. 1001 et s.

² J.-C. Madjarian, *Le silence dans la formation du contrat*, th. Nice, 1965, p. 304.

³ M.-J. Littmann, *Le silence et la formation du contrat*, th. Strasbourg, 1969, n° 170.

⁴ P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977, n° 228 et s.

⁵ P. Diener, *Le silence et le droit*, th. Bordeaux, 1975, n° 81 et 141 et s.

objectivée, celle-ci étant le néant.

Ainsi, le principe d'absence d'acceptation par le silence n'est qu'un corrélat de la condition d'existence de l'acceptation qu'est la manifestation d'un consentement identique à l'offre et les prétendues exceptions à ce principe ne sont que des présomptions d'acceptation à partir de faits qui ne sont jamais le silence.

II. L'application du principe d'absence d'acceptation par le silence et de ses exceptions

310. Les sources existantes considèrent qu'il existe plusieurs exceptions au principe déniaut toute valeur d'acceptation au silence : certaines sont évoquées par l'article 1120 (A), d'autres ne le sont pas (B).

A. Les exceptions à l'absence d'acceptation par le silence évoquées par l'article 1120

311. La loi. L'article 1120 du Code civil évoque les cas dans lesquels le législateur attacherait au silence la valeur¹, la portée², l'effet³, la signification⁴, de l'acceptation, ou présumerait l'acceptation à partir du silence⁵. Néanmoins, dans ces situations, il existe à nos yeux une présomption légale d'acceptation, à partir d'un fait qui implique l'acceptation, lequel n'est jamais le fait négatif de silence, qui n'implique pas l'acceptation.

Primo, au sujet de la tacite reconduction de bail de l'article 1738 du Code civil, la doctrine affirme que le silence aurait ici la valeur⁶, la signification¹, ou la portée², d'une acceptation,

¹ G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 103 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 137 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 194 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 274 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 875 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013 n° 135-75 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 51 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 737 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 255 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 152 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 165 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 26 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 68 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 4 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-112 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz, V° Contrat : formation*, janv. 2019, n° 51 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 79 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 52 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 100 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1022 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 192 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 273 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 60 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 443 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 165 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 216 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 212.

² F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 124 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 77 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-75 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 66 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 188 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 81.

³ P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977, n° 159.

⁴ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 274 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 874 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 20 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 23.

⁵ P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 194 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 124 ; C. Najm-Makhlouf, *Tacite reconduction et volonté des parties*, th. Paris 2, 2009, LGDJ, 2013, n° 235 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 78 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 188.

⁶ G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 103 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 83 ; M.

laquelle serait tacite³. En réalité, l'offre de contrat de bail de la part du preneur est présumée à partir du fait positif qui consiste pour lui à rester dans les lieux, alors que l'acceptation du contrat de bail de la part du bailleur, est présumée à partir du fait négatif de ce dernier qui est l'absence d'opposition à l'occupation des lieux.

Secundo, l'article L112-2 du Code des assurances affirme qu'est considérée comme acceptée la proposition de prolonger, de modifier ou de remettre en vigueur un contrat, si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans les dix jours de sa réception. Or, selon plusieurs auteurs le législateur accorderait ici au silence de l'assureur, la valeur⁴, la signification⁵, l'effet⁶, ou la portée⁷, d'une acceptation, laquelle serait attachée au silence circonstancié⁸, ou présumée à partir du silence⁹. À l'analyse, il s'agit d'une présomption de volonté de modifier ou de remettre en vigueur un contrat, à partir de l'absence de refus de la proposition de l'assuré ; surtout, il n'est pas question d'une acceptation de la conclusion du contrat.

Tertio, l'article L145-10 du Code de commerce dispose que dans les trois mois de la signification de la demande en renouvellement du bail commercial, le bailleur silencieux est réputé avoir accepté le principe du renouvellement du bail précédent. Ainsi, il est présenté

Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 274 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 875 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 737 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 134 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 51 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 152 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 52 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1022 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 273 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 443 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 212.

¹ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 274.

² *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-75 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 188.

³ J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, p. 63 et s. ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 313 et s. ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 48 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 100.

⁴ G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 103 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 171 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 137 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 48 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 274 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 737 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 255 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 152 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 51 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 216 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 443.

⁵ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 273 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 874 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 20 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 26 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 23 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 52 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 443.

⁶ P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977, n° 159.

⁷ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 124 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 77 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-75 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 188.

⁸ P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 134 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 475 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 289.

⁹ P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 194.

comme un cas dans lequel la loi donne au silence la portée¹, ou la valeur², d'une acceptation. En réalité, il s'agit d'une présomption légale de volonté du bailleur de conclure un nouveau bail, à partir du fait négatif qui est son absence de refus de conclure le nouveau bail.

Quarto, l'article L411-50 du Code rural affirme qu'à défaut de congés, le bail rural est renouvelé pour neuf ans : il est aussi présenté comme une hypothèse dans laquelle la loi donne au silence la portée³, ou la valeur⁴, d'une acceptation. À l'analyse, il s'agit d'une présomption légale d'une volonté de conclure un nouveau bail de neuf ans, à partir de l'absence de révocation du précédent.

312. L'usage. L'article 1120 mentionne les hypothèses dans lesquelles un usage conférerait au silence la valeur⁵, la signification⁶, la portée⁷, ou l'effet⁸, d'une acceptation, laquelle serait présumée à partir du silence⁹. Concrètement, les arrêts évoquent une présomption d'acceptation de commande conformément aux habitudes du commerce¹⁰, une contreposition réputée acceptée faute d'avis contraire d'après les usages du commerce¹¹,

¹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 124 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 188.

² P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977, n° 159 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V^o Consentement*, avr. 2007, n° 194 et 195 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 48.

³ P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977, n° 159 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 124 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 188.

⁴ P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V^o Consentement*, n° 194 et 195.

⁵ G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 103 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations, vol. 2*, Litec, 6^e éd., 1998, n° 180 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 94 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 274 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 876 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, 14^e éd., Dalloz, 2014, n° 737 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 255 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 134 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 475 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 168 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 192 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 121 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 273 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 60 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 444 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 166 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 212.

⁶ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 172 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 50 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 124 ; Lamy, *Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-81 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 20 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 78 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 240 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 188 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 101 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 23 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 55.

⁷ A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 66 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V^o Consentement*, n° 203 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 78 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 55.

⁸ P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 77 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 81.

⁹ P. Diener, *Le silence et le droit*, th. Bordeaux, 1975, n° 49.

¹⁰ CA Aix, 13 août 1873 : DP 1877, 5, 456.

¹¹ Cass. com., 21 mai 1951 : Bull. civ. III, n° 168.

une ratification tacite de commande par absence de réponse dans les 24 heures selon un usage boursier¹. Dès lors, il s'agissait d'usages présumant une acceptation, à partir de l'absence de refus de contracter du destinataire de l'offre. À ce titre, il faut écarter un arrêt du 13 mai 2003², rattaché par la doctrine à cette question, sans silence en l'espèce.

313. Les relations habituelles. L'article 1120 évoque les cas dans lesquels la jurisprudence donnerait au silence la valeur³, la portée⁴, l'interprétation⁵, ou la signification⁶, d'une acceptation, qui serait tacite⁷, parce que l'auteur de l'offre et son destinataire sont en relations d'affaires habituelles.

Pour des auteurs, en présence de relations d'affaires habituelles, le silence vaudrait acceptation de l'offre, car ces relations créeraient une obligation de réponse⁸, ou de refus de contracter exprès⁹, dispenseraient d'exiger une réponse positive à l'offre¹⁰, ou feraient perdre son équivocité au silence¹¹. Cependant, ces idées ne peuvent convaincre. D'abord, aucun texte

¹ Cass. com., 9 janv. 1956 : Bull. civ. III, n° 17.

² Cass. com., 13 mai 2003, n° 00-21.555 : Bull. civ. IV, n° 82 : Contrats, conc., consom. 2003, comm. 124, obs. L. Leveneur.

³ P. Diener, *Le silence et le droit*, th. Bordeaux, 1975, n° 82 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 103 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 94 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 202 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 274 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-79 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 124 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 77 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 51 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 153 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 737 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 255 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 134 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 66 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 475 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 78 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larquier, 1^{er} éd., 2015, n° 167 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 26 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-112 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 4 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 81 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz, V° Contrat : formation*, janv. 2019, n° 51 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 79 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 85 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 52 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1022 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 289 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 192 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 122 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 273 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 60 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 444 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 167 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 78 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 216 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 212.

⁴ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 176 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 199 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 49.

⁵ M.-J. Littmann, *Le silence et la formation du contrat*, th. Strasbourg, 1969, n° 98 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 176 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 200 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 49 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 68 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 102.

⁶ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 173 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 202 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 274 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 78 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 206 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 240.

⁷ G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 103.

⁸ P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 77.

⁹ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 49 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 66 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 255 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 153 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 78.

¹⁰ C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 255.

¹¹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 124 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La*

ou mécanisme juridique ne peut fonder à partir de l'existence de relations contractuelles antérieures n'envisageant pas de futurs contrats, une obligation de répondre à une offre, ou du moins de refus exprès de cette dernière, laquelle obligation devrait être créée par la loi ou le contrat. Ensuite, de telles relations contractuelles antérieures n'envisageant pas de futurs contrats ne peuvent dispenser de la condition d'existence de l'acceptation qu'est la manifestation d'un consentement. Enfin, ces relations ne font pas perdre au silence sa prétendue équivocité : le silence est l'absence de manifestation d'un consentement.

Pour d'autres, ce silence¹, ou cet ensemble de circonstances², feraient présumer une acceptation de l'offre. Or, il n'est pas possible de présumer cette acceptation à partir de la seule existence de ces consentements complets et identiques à l'offre, qui ont formé des contrats par le passé, car ce serait contraire à la liberté de contracter et à l'essence du mécanisme qu'est la présomption, qui est de tirer un fait inconnu, à partir d'un fait connu, qui l'implique. À l'inverse, il est possible de présumer une acceptation à partir du fait négatif qui est l'absence de refus de l'offre, à la suite de relations d'affaires s'étant traduites par des manifestations de volontés de contracter identiques à l'offre et ayant conduit à la conclusion d'un contrat ou de plusieurs. Cependant, les décisions évoquées au soutien de cette prétendue exception sont peu nombreuses, et parmi elles les arrêts récents de la Cour de cassation concernant cette hypothèse sont rares, non publiés et critiquables parce que ceux-ci se contentent de retenir une acceptation à partir de relations contractuelles antérieures. *Primo*, un arrêt du 15 mars 2011 considéra que l'offre de contrat de mise à disposition pour 2007 d'espaces événementiels avait été acceptée tacitement en raison de l'existence de relations contractuelles antérieures, pour la mise à disposition des espaces de 2004 à 2006³ ; ceci ne peut convaincre, la première offre contenait des dates auxquelles la mise à disposition avait été déclarée par la suite impossible, si bien que l'offre semblait révoquée, et la seconde offre, avec les nouvelles dates, avait été refusée. *Secundo*, un arrêt du 10 mai 2011 censura des juges d'appel pour ne pas avoir recherché, comme ceux-ci y étaient invités, si eu égard aux relations antérieures entre les parties, le silence gardé par un locataire ne valait pas

formation du contrat, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 877.

¹ J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 94.

² 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 69 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations, Théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 137.

³ Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-16.422 : RDC 2011, p. 795, note T. Genicon.

acceptation de l'offre de vente au prix fixé dans une convention de rachat annexée au bail¹ ; il était impossible de présumer la volonté du locataire de conclure la vente à partir des relations antérieures entre lui et le bailleur, qui étaient d'une autre nature.

314. Les circonstances particulières. L'article 1120 reprend un arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 2005², affirmant que la valeur d'acceptation du silence peut résulter de circonstances particulières³. Dans cet arrêt, un préfet notifia un arrêté enjoignant de faire réaliser une opération préventive de fouilles archéologiques à M. X, lequel accepta une offre de contrat de diagnostic archéologique et reçut un nouvel arrêté prévoyant en urgence une opération préventive de fouilles, qui fut réalisée. Cependant, M. X refusa de régler la facture correspondant à ces seconds travaux au motif qu'il n'avait pas accepté le devis. Ainsi, la Cour de cassation affirma la règle selon laquelle le silence vaut acceptation lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation, puis approuva son application ici par les juges ayant déduit de ces circonstances qu'avait la signification d'une acceptation, le silence gardé par M. X, à la suite de la réception du devis. Or, cet arrêt fut interprété assez diversement comme une consécration d'une nouvelle exception à l'absence d'acceptation par le silence⁴, mais aussi un cas d'acceptation par le silence en présence de relations d'affaires antérieures⁵, ou en raison du fait que l'offre était dans l'intérêt exclusif de son destinataire⁶, ou un cas d'acceptation par le silence englobant les autres⁷. Toutefois, nous ne partageons pas l'idée selon laquelle les circonstances permettent

¹ Cass. com., 10 mai 2011, n° 10-16.052.

² Cass. 1^{er} civ., 24 mai 2005, n° 02-15.188 : Bull. civ. I, n° 223 ; Contrats, conc. consom. 2005, comm. 165, note L. Leveneur ; D. 2006, p. 1025, note A. Bensamoun ; RTD civ. 2005, p. 588, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2005, p. 1007, obs. D. Mazeaud ; Contrats, conc. consom. 2005, comm. 165, note L. Leveneur ; RTD civ. 2005, p. 588, obs. J. Mestre et B. Fages ; D. 2006, p. 1025, note A. Bensamoun ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 277 ; Lamy *Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-78 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 77 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 737 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 153 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 51 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 78 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{er} éd., 2015, n° 169 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 448.

³ N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 26 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 240 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 188 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 68 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 4 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-112 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz*, V^o *Contrat : formation*, janv. 2019, n° 51 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 52 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 192 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 273 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 60 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 55 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 212.

⁴ Contrats, conc. consom. 2005, comm. 165, note L. Leveneur ; RTD civ. 2005, p. 588, obs. J. Mestre et B. Fages ; D. 2006, p. 1025, note A. Bensamoun ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 277 ; Lamy *Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-78 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 737 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 153 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 78.

⁵ P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 134 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 153.

⁶ RDC 2005, p. 1007, obs. D. Mazeaud ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 475.

⁷ D. 2006, p. 1025, note A. Bensamoun ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 52 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 104.

de donner à ce silence la signification d'une acceptation, car les circonstances de fait ne peuvent donner à l'absence de manifestation de volonté de contracter, la signification d'une manifestation de volonté de contracter. En l'espèce, aucune volonté de contracter n'avait été manifestée par le destinataire de l'offre, M. X, si bien que le seul moyen technique d'établir cette volonté était de la présumer à partir de l'absence de refus de contracter de M. X, à la suite d'un arrêté lui ayant enjoint de réaliser celles-ci. Toutefois, pour cela, il fallait que la preuve par présomption fût recevable et donc que le contrat fût d'une valeur inférieure à 1500 euros, en vertu de l'ancien article 1341 du Code civil, qui imposait la preuve écrite des contrats supérieurs à cette somme, ou qu'une exception à ce principe fût applicable. Or, les fouilles sont onéreuses et aucun élément ne permettait d'écarter l'exigence d'une preuve écrite du contrat, laquelle fut violée par cette décision, qui viola aussi la première condition d'existence de l'acceptation qui est la manifestation d'un consentement.

Par la suite, d'autres arrêts de la Cour de cassation ont repris cette formule selon laquelle les circonstances peuvent donner au silence la signification d'une acceptation¹. Néanmoins, le seul moyen technique de preuve de l'acceptation à partir de ces circonstances est la présomption, laquelle n'est possible que lorsque le principe de la preuve écrite des contrats ne s'applique, ce qui n'a jamais été souligné dans l'étude de ces décisions.

Ainsi, certaines prétendues exceptions à l'absence d'acceptation par le silence sont évoquées par l'article 1120 ; d'autres ne le sont pas.

B. Les exceptions à l'absence d'acceptation par le silence non évoquées par l'article 1120

315. L'intérêt exclusif. L'article 1120 n'évoque pas les hypothèses dans lesquelles la jurisprudence affirme que le silence du destinataire d'une offre peut valoir acceptation, parce que cette offre est dans l'intérêt exclusif du destinataire. Plus précisément, selon certains auteurs analysant la jurisprudence, lorsqu'une offre est dans l'intérêt exclusif de son destinataire, le silence de ce dernier emporterait acceptation², aurait valeur³, portée¹, ou

¹ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2009, n° 08-14.481 : Bull. civ. I, n° 113 ; Cass. com., 18 janv. 2011, n° 09-69.831 : Bull. civ. IV, n° 3 ; Cass. 1^{re} civ., 18 fév. 2015, n° 14-12.665 ; Cass. 1^{re} civ., 16 avr. 2015, n° 13-28.681 et 14-10.250, Inédit.

² B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 51 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 103 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 447.

³ P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977, n° 176 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 103 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 181 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 208 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 275 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 124 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-83 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, 14^e éd., Dalloz, 2014, n° 737 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 153 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 51 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 255 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 475 ; D. Houtcief, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 166 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 26 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 188 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit*

signification², d'acceptation, ou devrait être interprété³, ou objectivé comme acceptation⁴. Or, ces idées sont anciennes puisqu'elles apparaissent dans l'idée d'avant-contrat de Demolombe en 1868⁵. Aujourd'hui l'article 1120 du Code civil n'évoque pas cette hypothèse et des auteurs la critiquent⁶. Or, afin que la liberté contractuelle soit respectée, il faut laisser la possibilité au destinataire de cette offre de manifester un refus de contracter. Néanmoins s'il ne l'a pas fait, il est possible de présumer son acceptation à partir de l'absence de refus d'une offre dont le contenu est dans son intérêt exclusif, sauf si cette offre tend vers la conclusion d'un contrat pour laquelle l'acceptation ne peut être présumée, comme c'est le cas de l'article 932 du Code civil exigeant l'acceptation expresse de la donation et excluant toute acceptation tacite, c'est-à-dire toute acceptation présumée. Pourtant, la Cour de cassation a reconnu des acceptations d'offres servant l'intérêt exclusif du destinataire par le silence de ce dernier.

Primo, dans l'arrêt du 29 mars 1938, un bailleur ayant proposé une remise partielle de loyers dus à ses locataires, qui ne répondirent pas, demanda le paiement des loyers dus initialement⁷. Or, les juges du fond considèrent que la proposition de remise partielle des loyers dus par ses locataires avait été acceptée tacitement par ces derniers et la Cour de cassation affirma que le silence du destinataire de l'offre faite dans l'intérêt exclusif de ce dernier pouvait emporter acceptation de l'offre. À l'analyse, comme le dit Aubert, il existait vraisemblablement une acceptation tacite de la proposition par les locataires qui avaient payé partiellement leurs loyers en réponse à une demande de paiement des loyers réduits¹, sinon il fallait présumer l'acceptation à partir de l'absence de refus du destinataire de l'offre.

Secundo, dans un arrêt du 1^{er} décembre 1969, après la survenance d'un accident de la route

des contrats, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 68 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-112 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 81 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz, V^o Contrat : formation*, janv. 2019, n° 51 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 85 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 52 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1022 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 289 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 192 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 123 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 60 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 55 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 168 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 216 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 212.

¹ P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 77.

² M.-J. Littmann, *Le silence et la formation du contrat*, th. Strasbourg, 1969, n° 109 et s. ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 20 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 78 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 240 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 23.

³ P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977, n° 182 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 879.

⁴ P. Diener, *Le silence et le droit*, th. Bordeaux, 1975, n° 141 et s.

⁵ Voir ci-dessous n° 391.

⁶ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 212.

⁷ Cass. req., 29 mars 1938 : DP 1939, I, p. 5, note P. Voirin.

entre deux personnes, une troisième tenta d'éteindre les flammes du vélomoteur de l'une des victimes avec un extincteur, mais fut blessée par l'explosion de son réservoir². Ainsi, la Cour de cassation approuva la conclusion d'une convention d'assistance justifiant la mise en œuvre d'une responsabilité contractuelle de l'assisté : l'offre étant faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire, ce dernier était présumé l'avoir acceptée. Or, la doctrine critiqua à raison cette décision. D'abord, selon elle, il n'existait pas d'offre de convention d'assistance de la part de la troisième personne, et celle-ci n'était pas dans l'intérêt exclusif du destinataire contraint à réparer le préjudice de l'assistant³. En réalité, il est évident qu'ici la personne ayant tenté d'éteindre l'incendie du vélomoteur n'avait pas manifesté de volonté de conclure une convention d'assistance, dont le contenu était difficile à déterminer : il était logique que cette convention créât une obligation de faire, avec pour objet l'assistance d'une personne, sans contrepartie car l'assistance était bénévole, mais alors la responsabilité contractuelle ne pouvait être mise en œuvre contre l'assisté qui n'était débiteur d'aucune obligation. Ensuite, selon la doctrine, il n'était pas possible de présumer l'acceptation de convention d'assistance de la part de l'assisté qui était inconscient après l'accident et lors de l'incendie de son vélomoteur⁴. En somme, il n'existait ni offre ni acceptation par le silence.

Tertio, dans l'arrêt du 15 décembre 1970⁵, une société avait fait à une personne une offre de contrat de travail, d'un an, renouvelable chaque année, contenant une prime d'intéressement, puis une autre offre de contrat de travail, de deux ans avec prime d'intéressement. C'est ainsi que la Cour de cassation considéra que le destinataire de l'offre de contrat de travail avait accepté tacitement celle-ci quant à la nature du contrat et à sa durée et était réputé avoir accepté la prime d'intéressement proposée en ayant réclamé une plus élevée. Toutefois, il semble que les deux offres de contrat de travail contenaient chacune une prime d'intéressement et en ayant manifesté un refus de la prime d'intéressement, jugée trop faible,

¹ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 318.

² Cass. 1^{er} civ., 1^{er} déc. 1969, n° 68-12.140 : D. 1970, jurispr., p. 423, note M. Puech ; JCP G 1970, II, n° 16445, note J.-L. Aubert ; RTD civ. 1971, p. 164, obs. G. Durry.

³ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 318 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 51 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 879 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 124 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-83 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 153 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 188.

⁴ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris 1968, LGDJ, 1970, n° 318 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 181 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 879 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 124 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 188.

⁵ Cass. soc., 15 déc. 1970, n° 69-11.913 : Bull. civ. V, n° 722 ; JCP 1971, IV, 24.

le destinataire avait tout simplement manifesté une volonté de ne pas conclure le contrat de travail proposé, si bien qu'il était impossible de présumer l'acceptation de l'offre en violation de la liberté contractuelle à partir du contenu de l'offre, ou d'une absence de refus.

316. La convention sur le silence. Plusieurs auteurs affirment que des personnes peuvent décider par convention que leur silence vaudra acceptation¹, en se fondant sur un arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 1988². L'espèce était extrêmement confuse avec une prétendue promesse de vente qualifiée aussi d'offre de vente, sans prix déterminé. Or, la Cour de cassation affirma que les juges du fond avaient pu retenir qu'en s'imposant un délai pour accepter ou refuser le prix offert par les époux Y, les époux X s'étaient obligés à manifester expressément leur désaccord si le prix proposé ne leur convenait pas, et que le silence par eux gardé pendant ce délai valait acceptation du prix. Néanmoins, il est impossible de considérer techniquement qu'en se réservant un délai pour accepter ou refuser l'offre, les époux X s'étaient obligés à manifester expressément leur désaccord si le prix proposé ne leur convenait pas, et que le silence par eux gardé pendant ce délai valait acceptation du prix, étant donné que le silence est l'absence de manifestation de volonté de contracter et ne peut valoir son contraire, qui est une acceptation, une manifestation de volonté de contracter. Parallèlement, depuis la réforme de 2016, il a été soutenu que l'article 1113 aurait une valeur supplétive de volonté et que les parties peuvent ainsi décider que la manifestation de volonté prendra la forme d'un silence³. Toutefois, il est inconcevable techniquement que par contrat une personne donne valeur d'acceptation à son silence, car le contrat crée des effets obligatoires et des effets juridiques ne constituant pas des obligations : or, aucun de ces effets ne peut faire du silence à venir, une acceptation, qui est son contraire.

317. Le contrat à l'essai. Plusieurs auteurs affirment qu'il existe une autre exception à l'absence d'acceptation par le silence en cas de contrat à l'essai⁴, en évoquant un arrêt de la

¹ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 182 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 137 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Consentement, avr. 2007, n° 196 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 275 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 48 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-75 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 26 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 206 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Contrat : formation, janv. 2019, n° 51 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 100 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1022 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 192 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 446 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 212.

² Cass. 1^{er} civ., 12 janv. 1988, n° 86-12.849 : Bull. civ. I, n° 8 ; D. 1988, IR p. 38 ; RTD civ. 1988, p. 521, obs. J. Mestre ; JCP 1988, IV, 108.

³ T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 60.

⁴ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 49 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 737 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 475 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1022.

Cour de cassation du 13 octobre 1998¹. Selon celui-ci, la vente conclue sous la condition suspensive d'un essai satisfaisant devient parfaite si, à l'expiration du délai d'essai, l'acheteur a conservé le silence, c'est-à-dire s'il n'a pas manifesté sa volonté de ne pas conserver le bien. Or, cette solution ne peut être vue comme une exception à l'absence d'acceptation par le silence. En effet, si la condition suspend l'effet de conclusion de l'offre et de l'acceptation, cet effet va se produire à une date déterminée si aucune déclaration d'essai insatisfaisant n'a été faite à cette date, si bien que le contrat est conclu par la rencontre des consentements complets manifestés et non par le silence. À l'inverse, si la condition suspend l'exigibilité d'une ou des obligations de la vente, le silence ne peut en aucun cas valoir acceptation, puisque le contrat est formé.

318. La clause de renouvellement. Il a été affirmé que le silence aurait le sens d'une acceptation en présence d'une clause de renouvellement de plein droit d'un contrat à durée déterminée, en l'absence de dénonciation du contrat¹. Cependant, ici la conclusion d'un nouveau contrat résulte de la clause insérée dans un contrat et non du silence.

319. Conclusion sur le silence. En cas de silence, étant donné qu'aucune volonté de contracter n'a été manifestée en réponse à l'offre, seul le mécanisme de la présomption peut permettre de prouver un consentement complet identique à l'offre, à partir d'un fait l'impliquant et qui n'est jamais le silence, qui est son contraire et ne l'implique pas. Or, l'article 1359 du Code civil exige en principe, pour les contrats supérieurs à 1500 euros, une preuve écrite, ce qui exclut une preuve par présomption de l'offre ou de l'acceptation. Aussi, pensons-nous que les articles précités par lesquels la loi présume une acceptation, qui font partie du droit des contrats spéciaux, constituent des exceptions au principe de la preuve écrite des contrats supérieurs à 1500 euros. Parallèlement, les autres cas de silence dans lesquels l'acceptation est présumée, même s'ils sont pour certains évoqués à l'article 1120, ne constituent que des présomptions d'acceptation par l'usage ou le juge, qui ne sont recevables que si le contrat est inférieur à cette somme, ou si sont réunies les conditions d'une exception à la preuve écrite, rendant recevable la présomption.

Ainsi, la définition de l'acceptation permet de comprendre son régime.

Chapitre II. Le régime de l'acceptation

¹ Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998, n° 96-19.611 : Bull. civ. III, n° 304 ; Contrats, conc. consom. 1998, comm. 161, note L. Leveneur ; RTD civ. 1999, p. 376, obs. J. Mestre.

320. Le régime de l'acceptation englobe les problèmes de date et de lieu de conclusion qui sont largement traités par les sources existantes dont l'article 1121 du Code civil et que nous appréhendons sous la question plus générale de l'extinction normale de l'acceptation par conclusion du contrat (**Section II**). Mais ce régime de l'acceptation englobe aussi les autres problèmes qui ne sont guère traités par les sources existantes (**Section I**).

Section I. Le régime de l'acceptation hors de son extinction par conclusion

321. Deux aspects du régime de l'acceptation sont peu traités par les sources existantes : l'encadrement de la création et de la non-création de l'acceptation (**I**), ainsi que l'extinction anormale de celle-ci (**II**).

I. La création et la non-création de l'acceptation

322. Les règles encadrant la création et la non-création de l'acceptation sont liées à sa nature d'acte juridique unilatéral (**A**) ou ne le sont pas (**B**).

A. L'encadrement de la création de l'acceptation lié à sa nature d'acte juridique

323. L'encadrement de la création de l'acceptation en tant qu'acte juridique s'opère par des conditions de preuve (**1**) et de validité (**2**).

1. Les conditions de preuve de l'acceptation

324. Le principe de l'écrit. Les sources relatives à la preuve des actes juridiques ainsi que celles étudiant l'acceptation ne développent pas spécialement la question de la preuve de l'acceptation, sauf rares exceptions². Or, l'article 1359 du Code civil exige une preuve écrite des actes juridiques portant sur une somme ou une valeur excédant 1500 euros. Aussi, selon l'article 1367 de ce code, le consentement à un tel acte est la signature qui identifie son auteur. Dès lors, l'acceptation d'un contrat portant sur plus de 1500 euros doit être prouvée par écrit, parce qu'elle est acte unilatéral et un consentement à un contrat.

Premièrement, l'unité de cette exigence est d'exclure tout autre mode de preuve que l'écrit, donc toute reconnaissance d'une acceptation tacite de contrat entrant dans son champ, car une offre tacite est une présomption de consentement. De même, cette exigence interdit,

¹ A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 20 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 23.

² J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 349 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 252.

en cas de silence à la suite d'une offre de contrat de plus de 1500 euros, de considérer qu'il y a une acceptation s'il n'y a pas un écrit, parce que les différents cas d'acceptation par le silence ne sont que des présomptions d'acceptation, qui sont des modes de preuve exclus ici.

Deuxièmement, cette exigence d'une preuve écrite des actes juridiques a une dualité. D'une part, s'il a été recouru à l'acte authentique afin de créer une offre, celle-ci existe dès la signature de la première partie et l'acceptation est donnée par la signature de l'autre partie, souvent immédiatement après cette offre, ou plus tard de manière marginale. D'autre part, s'il est recouru à l'acte sous signature privée, il faut distinguer deux cas : si c'est une offre de contrat unilatéral, en vertu de l'article 1376 du Code civil, l'acceptant débiteur doit apposer sur l'écrit la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres ; si c'est une offre de contrat synallagmatique, avec l'article 1375 du Code civil, l'offrant devait manifester son consentement dans des écrits en nombre équivalent à celui des personnes ayant un intérêt distinct et l'acceptant doit signer chacun d'eux.

325. Les limites de l'écrit. De façon générale, le domaine de ce principe est la preuve des actes juridiques supérieurs à 1500 euros, entre leurs parties non commerçantes. Par suite, en dehors de celui-ci la preuve est libre et peut être réalisée notamment par présomption. Parallèlement, dans son domaine, ce principe comporte des exceptions textuelles et conventionnelles. D'une part, les actes juridiques supérieurs à 1500 euros peuvent être prouvés : soit par tout moyen en vertu de l'article 1360 du Code civil dans les trois cas de l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, d'un usage de ne pas établir d'écrit ou de l'écrit perdu par force majeure ; soit, par un aveu judiciaire, par un serment décisoire, ou par un commencement de preuve par écrit, complété par un autre moyen de preuve, selon l'article 1361 du Code civil. D'autre part, les exceptions conventionnelles ont été évoquées au titre de l'offre. En pratique, dans tous ces cas dans lesquels il y a une place pour les présomptions, il y a possibilité d'une acceptation tacite, en ce sens que celle-ci peut être présumée, et il est possible de présumer l'acceptation en dépit du silence, à partir d'un fait, positif ou négatif, qui n'est jamais le silence.

Ainsi, la création de l'acceptation est encadrée par les règles de preuve des contrats ; elle l'est aussi par des règles de validité.

2. Les conditions de validité de l'acceptation

326. Le droit commun. L'acceptation doit respecter les conditions générales de validité du contrat. Or certains écrits relatifs à l'acceptation affirment que lorsqu'aucune

forme n'est requise pour la validité du contrat, l'acceptation suffit à former le contrat mais est insuffisante dans le cas contraire¹. Toutefois, sauf contrats légaux ou judiciaires, le contrat se forme toujours par la rencontre des consentements des parties. Dès lors, si le contrat est consensuel, en vertu du principe du consensualisme, qui figure à l'article 1172 du Code civil, chacun des consentements peut être manifesté avec une forme quelconque. Inversement, si le contrat est soumis à une forme, au titre de ses conditions d'existence ou de validité, chaque consentement doit être manifesté avec cette forme, laquelle n'est pas une condition qui s'ajoute à la rencontre des consentements ; donc l'acceptation suffit à former le contrat si elle prend cette forme, qui n'intervient pas en plus de cette acceptation mais constitue son vecteur.

327. Les règles spéciales. L'acceptation possède des conditions de validité propres, dont les délais de réflexion évoqués par l'article 1122 du Code civil, lequel affirme que le délai de réflexion est celui avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation et qui est prévu par la loi ou le contrat.

D'une part, il existe plusieurs textes prévoyant un délai de réflexion.

Primo, l'article L444-8 du Code de l'éducation reprend l'article 9 de la loi n° 71-556 du 12 juillet 1971² : il interdit l'acceptation du contrat d'enseignement à distance avant l'expiration d'un délai de 7 jours à compter de sa réception, sous peine de nullité.

Secundo, l'article L313-34 du Code de la consommation énonce que l'emprunteur ne peut accepter l'offre de prêt immobilier que dix jours après l'avoir reçue, mais sa lettre comme les travaux préparatoires des textes qu'il reprend³, n'indiquent pas la sanction de son irrespect.

Tertio, l'article L271-1 du Code de la construction et de l'habitation affirme que l'acte authentique ne peut être signé pendant un délai de dix jours à compter de la notification ou de la remise d'une offre de différents contrats de construction et d'acquisition d'immeubles à usage d'habitation, mais sa lettre comme les travaux préparatoires du texte qu'il reprend⁴, n'indiquent pas la sanction de son irrespect, laquelle est la nullité pour la jurisprudence⁵.

Or, de nombreux auteurs ne se prononcent pas sur la nature de ces textes⁶, mais pour d'autres

¹ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 35 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 121 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 183 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 3 et 66.

² JOAN 1971, n° 64, 30 juin 1971, p. 3506.

³ Texte Sénat n° 275, 1977-1978, 28 févr. 1978, p. 3 ; Rapp. n° 376, 1977-1978, p. 16 ; Avis n° 393, 1977-1978, 1^{er} juin 1978, p. 33 ; JO Sénat, 1978, n° 41, 14 juin 1978, p. 1297 et s. ; JOAN 1979, n° 48, 8 juin 1979, p. 4779 et s. ; L. n° 79-596, 13 juill. 1979, art. 7 ; C. consom., art. L312-10.

⁴ JOAN 2000, n° 61, 30 juin 2000, p. 6139 et s. ; L. n° 2000-1208, 13 déc. 2000.

⁵ Cass. 1^{er} civ., 12 juill. 2005, n° 02-13.614.

⁶ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 36 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 69 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 26 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit*

pendant le délai de réflexion, l'acceptation ne peut être donnée valablement¹, est sans efficacité², et non valable³. Cependant, l'inefficacité de l'acceptation donnée pendant le délai de réflexion irait politiquement à l'encontre de l'objectif de ces textes, qui est d'interdire de manifester une acceptation pendant ce délai et serait techniquement un obstacle à la formation et donc à l'annulation du contrat. Par suite, seule la nullité de l'acceptation et du contrat formé est la sanction applicable à ces textes.

D'autre part, l'article 1122 affirme que le contrat peut prévoir un délai de réflexion.

Or, le contrat étant formé par la rencontre de l'offre et de l'acceptation, il ne peut prévoir que l'acceptation doit être créée à l'expiration d'un certain délai, puisqu'une fois conclu, il ne peut régir la question du délai de l'acceptation qui est antérieure à sa conclusion.

En revanche, par la technique du contrat créant une obligation de ne pas manifester un consentement, des personnes peuvent prévoir que si l'une d'elles reçoit une offre de l'autre, celle-ci ne pourra manifester son consentement avant l'expiration d'un délai. Par suite, la sanction de l'inexécution de cette obligation sera son exécution forcée sous forme d'anéantissement judiciaire de ce consentement et du contrat. Dès lors, le délai de réflexion prévu par l'un des trois articles précités, au titre des conditions de validité de l'acceptation et du contrat, n'a pas la même nature à nos yeux que le délai de réflexion créé par le contrat. Aussi, contrairement aux affirmations doctrinales⁴, il est possible de renoncer au délai de réflexion créé par un contrat, juridiquement par révocation mutuelle de ce dernier, ou par le fait pour le créancier de l'obligation de ne pas consentir avant l'expiration d'un délai, de ne pas saisir la justice si l'acceptation a formé un contrat avant cette expiration.

Par ailleurs, un bon moyen pour l'offrant de retarder la conclusion du contrat est de suspendre l'effet de conclusion de son offre pendant un certain délai, durant lequel le destinataire de l'offre pourra manifester sa volonté de l'accepter, mais aussi révoquer son acceptation.

des obligations, Dalloz, 2018, n° 248 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 46 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 69 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-123 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 87 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 197 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 455 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 180 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 81.

¹ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 272 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 3^e éd., 2018, p. 53 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 83 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 141.

² J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 890 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 215.

³ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 210.

⁴ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 248 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 69.

Ainsi, l'encadrement de la création de l'acceptation s'opère par des règles liées à sa nature d'acte juridique ; il s'opère aussi par des règles non liées à cette nature.

B. L'encadrement de la création de l'acceptation non lié à sa nature d'acte juridique

328. Les sources doctrinales évoquent la possibilité d'une application de la responsabilité extracontractuelle à l'acceptation, en mentionnant le cas dans lequel une personne exige le maintien d'une offre et cause un préjudice à l'offrant sans avoir la volonté de l'accepter¹, ainsi que le refus de contracter fautif². À l'analyse, elles n'identifient pas de réelles hypothèses de création ou de non-crédation d'acceptation constituant une faute délictuelle. Pourtant, la responsabilité extracontractuelle permet d'encadrer la création et la non-crédation fautives de l'acceptation (1) causant un préjudice (2).

1. La faute constituée par la création ou la non-crédation de l'acceptation

329. La création comme la non-crédation de l'acceptation peuvent être fautives.

D'une part, l'acceptation est très rarement une faute civile extracontractuelle.

D'abord, l'acceptation constitue une faute extracontractuelle lorsque l'acceptant n'a pas la volonté sérieuse de contracter. Toutefois, étant donné que l'acceptation forme le contrat, aujourd'hui à compter de sa réception, ces cas ne peuvent survenir que lorsque la conclusion du contrat est suspendue jusqu'à la survenance d'un événement, certain ou incertain, prévu par l'offre ou l'acceptation, ou lorsque l'acceptation constituant cette faute doit être suivie d'une autre acceptation car le contrat visé doit comporter plus de deux parties.

Ensuite, l'acceptation constitue une faute extracontractuelle lorsque l'acceptant n'a pas la possibilité, économique, financière ou juridique, de conclure. Par exemple, une personne manifeste la volonté d'accepter une offre d'un contrat qu'elle ne peut financer ou qu'elle ne peut conclure valablement, notamment faute de capacité ou de propriété du bien vendu.

Enfin et surtout, certaines acceptations constituent à la fois une infraction pénale et une faute civile extracontractuelle. Par exemple, l'acceptation de contrat de prostitution est une contravention selon l'article 611-1 du Code pénal, et même un délit lorsqu'elle est faite à personne vulnérable en vertu de l'article 225-12-1 de celui-ci, donc elle est un comportement

¹ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 270 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larquier, 1^{re} éd., 2015, n° 159 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 474.

² F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 125 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 75 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larquier, 1^{re} éd., 2015, n° 159 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 189 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 79 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 288 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 76 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 159 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 429.

contraire à celui d'un standard, c'est-à-dire une faute extracontractuelle au plan du droit civil.

D'autre part, la non-acceptation est ponctuellement une faute civile extracontractuelle. Plus précisément, nous avons vu lors de l'étude de l'offre différents arrêts illustrant le fait que l'absence de manifestation d'un consentement à un contrat peut être une faute, que ce consentement soit l'offre ou l'acceptation¹.

Ainsi, la création comme la non-crédation de l'acceptation peuvent constituer une faute civile extracontractuelle ; cependant les préjudices causés par cette faute sont rares.

2. Le préjudice causé par la création ou la non-crédation de l'acceptation

330. Les préjudices en lien de causalité avec la création et la non-crédation fautives de l'acceptation sont peu nombreux.

D'abord, les préjudices qui sont en lien de causalité avec l'acceptation fautive sont plus limités que ceux qui sont causés par l'offre fautive en raison de la postériorité de l'acceptation. Ainsi, de façon générale, les pertes antérieures à l'acceptation fautive ne sont pas en lien de causalité avec celle-ci, donc en particulier, les dépenses inhérentes à la création de l'offre ne constituent pas un préjudice réparable. En revanche, sont des préjudices réparables les dépenses engagées pour l'exécution du contrat proposé, ou les pertes inhérentes aux modifications par le destinataire de l'acceptation de sa situation juridique à la suite de sa réception, comme par exemple les frais inhérents à la résiliation d'un bail ou à une démission ; néanmoins, la faute de la victime est de nature à atténuer cette responsabilité.

Ensuite, les préjudices en lien de causalité avec la non-crédation fautive de l'acceptation englobent les frais liés à l'organisation matérielle de la conclusion qui n'est pas intervenue, mais aussi le préjudice de déception ainsi que le préjudice d'atteinte à la réputation.

En revanche, ils n'incluent pas le fait de ne pas obtenir les avantages attendus de l'exécution du contrat visé par l'acceptation, ou la perte de chance de conclure et d'obtenir le gain inhérent à l'exécution de ce contrat. En effet, la conclusion du contrat reste purement éventuelle jusqu'à la rencontre des consentements, en vertu de la liberté de l'offrant et de l'acceptant de révoquer leur consentement, donc l'exécution est aussi purement éventuelle et ces avantages sont purement éventuels. Par suite, le fait de ne pas obtenir ces gains n'est pas un préjudice certain, sous l'angle de la perte éprouvée qui n'existe pas en l'absence d'amoindrissement pécuniaire, ou sur le plan du gain manqué puisque le gain est purement éventuel. Symétriquement, les chances d'obtenir la conclusion comme l'exécution du contrat

sont purement éventuelles, donc les pertes de ces chances ne sont pas des préjudices certains. Pour finir, le raisonnement est le même pour les pertes de chance de conclure et d'obtenir l'exécution d'un contrat avec un tiers.

Le régime de l'acceptation, hors de son extinction par conclusion du contrat, englobe donc l'encadrement de sa création ; puis, il intéresse son extinction anormale.

II. L'extinction anormale de l'acceptation

331. Entre la création de l'acceptation et la conclusion du contrat, un laps de temps peut exister pour diverses raisons. *Primo*, en principe, la conclusion du contrat est suspendue jusqu'à la réception de l'acceptation, par l'article 1121 du Code civil, ce qui crée un laps de temps d'insécurité, qui n'existait pas à nos yeux avant la réforme de 2016, car la conclusion du contrat intervenait, faute de précision textuelle, lors de la manifestation de volonté de l'acceptant. *Secundo*, la conclusion du contrat peut être suspendue par l'offrant ou l'acceptant, à l'aide de la technique du terme suspensif ou de la condition suspensive de l'effet de conclusion. *Tertio*, dans les contrats de plus de deux parties, il existe un laps de temps entre la manifestation d'une première acceptation et la dernière acceptation. Ainsi, durant ce laps de temps, peut intervenir une modification de l'acceptation très rarement évoquée, mais qui doit suivre les mêmes règles que celles vues pour la modification de l'offre². Surtout, dans ce laps de temps peuvent intervenir la révocation (A) ou la caducité de l'acceptation (B), lesquelles ne sont guère étudiées par les sources existantes.

A. La révocation de l'acceptation

332. Avant la réforme de 2016, la révocation de l'acceptation n'était guère traitée en jurisprudence, à l'exception de rares arrêts d'appel³, et l'était peu par la doctrine, qui reconnaissait cette révocabilité lors de l'étude de la date de conclusion du contrat⁴. Or, la révocation de l'acceptation est aujourd'hui traitée par l'article 1118 du Code civil et par la doctrine, laquelle lui réserve de courts développements (1) : elle doit être distinguée de la

¹ Voir ci-dessus n° 206.

² C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 243 ; voir ci-dessus n° 331.

³ CA Toulouse, 13 juin 1901 : DP 1902, 2, p.16 ; CA Paris, 31 mai 1937 : DH 1937, p. 431.

⁴ V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 16 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 28 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 280 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 75 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 166 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 882 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-87 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 158 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 52 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 138 ; P. Malaurie, L.

faculté de rétractation prévue par certains textes spéciaux et l'article 1122 du Code civil (2).

1. La rétractation de l'article 1118

333. L'article 1118 du Code civil, alinéa 2, affirme que « Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation ». Or, selon la doctrine, en vertu de cet alinéa 2, la rétractation de l'acceptation peut être décidée¹, est libre, empêche la formation², et est efficace³, possible⁴, jusqu'à la réception de l'acceptation, qui est le moment de conclusion. Plus précisément, cette règle est expliquée par le fait que la rétractation parvenant à l'offrant après l'acceptation est privée d'effet, le contrat étant formé, alors qu'avant cette réception de l'acceptation, celle-ci peut produire son effet de révocation de l'acceptation⁵, l'offrant n'ayant pu légitimement compter sur la formation du contrat⁶, et ses prévisions n'ayant pu être atteintes⁷. Pour notre part, avant comme après la réforme de 2016, l'acceptation est un acte juridique unilatéral, avec pour effet essentiel, un effet de conclusion, et pour effet accessoire, pouvant être contenu en elle, une obligation de ne pas l'anéantir.

Ainsi, l'article 1118 régit le cas le plus fréquent de l'acceptation ne contenant que son effet de conclusion, sans obligation de ne pas l'anéantir insérée par l'acceptant. Plus précisément, l'article 1115 de ce code en affirmant que l'offre « peut être librement rétractée » avant sa réception, consacre l'efficacité et l'absence de caractère fautif de la volonté de révoquer l'offre avant la réception de cette dernière. Dès lors, par analogie cet article 1118 pose deux règles : la première est l'efficacité de la volonté de révoquer l'acceptation et la seconde est l'impossibilité d'engager la responsabilité civile extracontractuelle de l'acceptant, si cette révocation parvient à l'offrant avant l'acceptation. De fait, cette efficacité s'explique par la nature de l'acceptation qui est un acte juridique unilatéral ne comportant pas en principe d'obligation ; aussi cette impossibilité d'engager la

Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 479.

¹ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 207.

² T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 66 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 43 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2018, n° 1051.

³ C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 82.

⁴ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 449 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 217.

⁵ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 183 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 227.

⁶ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 449.

⁷ C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 82 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 259.

responsabilité extracontractuelle de l'acceptant s'explique par le fait que la révocation de l'acceptation reçue avant cette dernière ne peut être une faute et causer un préjudice pour l'offrant qui n'a pas encore connaissance de l'acceptation. Par suite, nous pensons que la volonté de révoquer l'acceptation comporte une condition suspensive d'origine légale de son effet d'anéantissement de l'acceptation, qui est le fait d'être reçue avant l'acceptation. En conséquence, si cette volonté de révoquer l'acceptation est reçue après la réception de l'acceptation, elle ne produit pas son effet d'anéantissement de l'acceptation, qui s'éteint par la conclusion du contrat. En somme, le but de cet article est d'éviter que la volonté de révoquer l'acceptation ne soit efficace alors que celle-ci a été manifestée avant la réception de l'acceptation tout en étant reçue après cette réception de l'acceptation, ce qui crée un laps de temps de croyance de l'offrant dans la conclusion du contrat.

Cependant, cet article 1118 n'a pas prévu les cas dans lesquels la conclusion est reportée à une date postérieure à la réception de l'acceptation par la technique de la condition ou du terme, ou intervient par une autre acceptation postérieure à celle dont la révocation est en cause. Malheureusement, cet article s'applique aussi à ces cas alors que concrètement entre la réception de l'acceptation et la conclusion du contrat, il y a une période plus ou moins longue durant laquelle il serait opportun que la volonté de révoquer l'acceptation soit efficace.

Rarement, l'acceptation contient en plus de son effet de conclusion, son effet accessoire qui est une obligation de ne pas l'anéantir. Par suite, la volonté de la révoquer est inefficace et l'acceptation lui survit, en vertu de l'irrévocabilité unilatérale du contrat, appliquée par analogie à l'acte unilatéral obligatoire qu'est cette acceptation.

Ainsi, la révocation de l'acceptation est régie par l'article 1118 ; elle se distingue de la rétractation évoquée à l'article 1122.

2. La rétractation de l'article 1122

334. Les délais légaux. Il existe onze textes avec des délais de rétractation.

D'abord ces derniers sont surtout prévus par le Code de la consommation : le consommateur démarché par téléphone ou hors établissement a 14 jours pour se rétracter au sens de révoquer la vente à distance à compter de la conclusion¹, l'emprunteur peut se rétracter c'est-à-dire

¹ C. consom., art. L221-18 ; JOAN 1971, n° 77, 3 oct. 1971, p. 4213 ; L. n° 72-1137, 22 déc. 1972, art. 3 ; JO Sénat 1972, n° 12, 5 mai 1972, p. 290 et 299 ; C. consom., art. L121-25 ; L. n° 93-949, 26 juill. 1993 ; C. consom., art. L121-20 ; Ord. n° 2001-741, 23 août 2001 ; L. n° 2005-841, 26 juill. 2005 ; C. consom., art. L121-21 ; L. n° 2014-344 du 17 mars 2014.

résoudre le contrat de prêt à la consommation dans les 14 jours de son acceptation de l'offre¹, le consommateur a 14 jours pour se rétracter à compter de la conclusion dans les contrats d'utilisation de biens à temps partagé ou de produits de vacances à long terme², le cocontractant du professionnel peut revenir sur son engagement dans les 7 jours de la conclusion du contrat de courtage matrimonial³, et le consommateur dispose de 48 heures à compter de la signature du contrat d'achat de métaux précieux pour se rétracter⁴.

Ensuite, ces délais existent dans le Code des assurances : toute personne physique qui a signé un contrat d'assurance sur la vie ou de capitalisation a la faculté d'y renoncer pendant 30 jours à compter de la connaissance de la conclusion⁵, la victime peut dénoncer la transaction dans les 15 jours de sa conclusion avec un assureur⁶, et le souscripteur d'un contrat d'assurance constituant un complément d'un bien ou d'un service vendu par un fournisseur et s'ajoutant à une garantie peut y renoncer dans les 14 jours à compter de sa conclusion⁷.

Enfin ces délais existent dans d'autres codes : chaque partie à la convention de rupture du contrat de travail dispose de 15 jours pour se rétracter à compter de la date de la signature, c'est-à-dire de la conclusion⁸, la personne démarchée a un délai de 14 jours pour se rétracter et résoudre le contrat d'assurance ou de capitalisation à compter de sa conclusion⁹, dans certains contrats relatifs à l'immobilier d'habitation l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans les 7 jours de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte¹⁰.

335. Les analyses passées. Avant la réforme de 2016, la doctrine était partagée sur la nature de ces droits de rétractation. *Primo*, ils furent saisis comme des conditions suspensives¹¹, ou des termes suspensifs du contrat¹², qui ne pouvaient suspendre la conclusion

¹ C. consom., art. L312-19 ; L. n° 78-22, 10 janv. 1978, art. 7 ; Avis Sénat n° 9, 1976-1977, 7 oct. 1976, p. 30 ; JOAN 1977-1978, n° 81, 7 oct. 1977, p. 5927 ; C. consom., art. L311-15 et L311-16 ; L. n° 93-949, 26 juill. 1993 ; C. consom., art. L311-12 ; L. n° 2010-737, 1^{er} juill. 2010 ; Rapp. Sénat n° 447, 2008-2009, p. 77, 87 et 105 ; Rapport n° 2150, 18 juin 2009, p. 102 et s.

² C. consom., art. L224-79 ; C. consom., art. L121-69 ; L. n° 2009-888, 22 juill. 2009.

³ C. consom., art. L224-91 ; L. n° 89-421, 23 juin 1989, art. 6 II ; JOAN 1988, n° 51, 26 nov. 1988, p. 2808 et s. ; JO Sénat 1989, n° 8, 14 avr. 1989, p. 233 et s.

⁴ C. consom., art. L224-99 ; C. consom., art. L121-102 ; L. n° 2014-344, 17 mars 2014.

⁵ C. assur., art. L132-5-1 ; Rapp. AN Sénat n° 142, 1980-1981, 4 déc. 1980, p. 13 ; L. n° 81-5, 7 janv. 1981.

⁶ C. assur., art. L211-16 ; L. n° 85-677, 5 juill. 1985, art. 19 ; JOAN 1984-1985, n° 134, 18 déc. 1984, p. 7041 et s. ; JO Sénat 1985, n° 6, 11 avr. 1985, p. 205.

⁷ C. assur., art. L112-10.

⁸ C. trav., art. L1237-13 ; L. n° 2008-596, 25 juin 2008 ; Rapp. Sénat n° 306, 2007-2008, p. 102.

⁹ L. n° 72-6, 3 janv. 1972, art. 21 ; JOAN, 1971-1972, n° 114, 3 déc. 1971, p. 6358 et s. ; Rapp. Sénat n° 70, 1971-1972, p. 27 et s. ; JO Sénat, 1971-1972, n° 82, 19 déc. 1971, p. 3295 et s. ; C. monét. fin., art. L342-18 ; Ord. n° 2000-1223, 14 déc. 2000 ; Rapp. AN n° 807, t. I, 2^e partie, 10 avr. 2003, p. 22 ; C. monét. fin., art. L341-16 ; L. n° 2003-706, 1^{er} août 2003.

¹⁰ CCH, art. L271-1 ; L. n° 89-1010, 31 déc. 1989, art. 20 ; Rapp. Sénat n° 40, 1989-1990, p. 84.

¹¹ P.-J. Doll et H. Guérin, *Le démarchage et la vente à domicile*, JCP 1973, I, 2524, n° 26-27 ; D. Ferrier, *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants*, D.1980, chron., p. 177, n° 46 et 49 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 518.

¹² A. Bietrix et H. Birbes, *Vente à domicile et protection du consommateur*, Cah. dr. entr. 1973, n° 1, p. 9 ; J.-P. Pizzio, *Un apport législatif en matière de protection du consentement*, RTD civ. 1973, p. 86, n° 28.

du contrat puisque la condition et le terme suspensifs concernent des contrats déjà conclus. *Secundo*, ils furent analysés comme des facultés de réméré¹, ce qui n'a pas été envisagé dans les textes et leurs travaux préparatoires, en l'absence de faculté de rachat. *Tertio*, ils furent considérés comme des techniques originales de formation successive, par étapes, du contrat devenant parfait à l'expiration du délai de repentir², ce qui n'est pas recevable, car la formation est toujours instantanée selon nous, en ce sens que cette dernière résulte de la production par les consentements de leur effet de conclusion, ce qui n'est pas écarté par leurs textes et travaux préparatoires. *Quarto*, ils furent rattachés à l'idée de droits potestatifs d'empêcher la formation définitive du contrat³, ce qui était erroné, car ils concernent des contrats déjà conclus. *Quinto*, ils furent lus comme des avant-contrats⁴, ce qui n'était pas recevable, les protagonistes ne manifestant pas de volontés de conclure un avant-contrat. *Sexto*, ils furent assimilés à des mécanismes de suspension d'efficacité causant la caducité du contrat⁵, ce qui n'emporte pas le suffrage, car ces règles ne correspondent pas aux définitions de la caducité. *Septimo*, ils furent apparentés à des annulations pour vice du consentement⁶, ce qui n'emporte pas l'adhésion, car lors de sa conclusion, le contrat est valide ici et son anéantissement n'est pas la sanction de l'irrespect d'une condition de validité. *Octavo*, ils furent rapprochés des facultés de dédit⁷, des conditions résolutoires⁸, des droits de

¹ A. Bietrix et H. Birbes, *Vente à domicile et protection du consommateur*, Cah. dr. entr. 1973, n° 1, p. 9 ; D. Ferrier, *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants*, D.1980, chron., p. 177, n° 50.

² J. Calais-Auloy, *La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs*, D. 1973, chron. 266 ; G. Cornu, *La protection du consommateur et l'exécution du contrat*, *Travaux de l'association H. Capitant*, t. 24, 1973, p. 131 et s. ; J.-M. Mousseron, *La durée dans la formation du contrat*, *Mélanges A. Jauffret*, LGDJ, 1974, p. 518 ; J. M. Mousseron, *La durée dans la formation des contrats*, *Mélanges Jauffret*, 1974, p. 522 ; RTD civ. 1978, p. 438, obs. P. Godé ; R. Baillod, *Le droit de repentir*, RTD civ. 1984, p. 227 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 515 ; P. Malinvaud, *Droit de repentir et théorie générale des obligations*, Mél. Sacco, 1992 ; N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, PUAM, 2002, n° 105 et s. ; E. Bazin, *Le droit de repentir en droit de la consommation*, D. 2008, chron. p. 3028 ; *Lamy Droit du contrat*, juin 2014, n° 138-39 ; G. Rouhette, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, *Mélanges R. Rodière*, 1981, Dalloz, p. 247 et s. ; M.-A. Frison-Roche, *Rapport de synthèse du colloque sur l'échange des consentements*, RJ com., nov. 1995, n° 22 à 25 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art.1109, Consentement*, sept. 2012, n° 35 ; J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2006, n° 762.

³ R. Baillod, *Le droit de repentir*, RTD civ. 1984, p. 227.

⁴ P. Chauvel, *Le vice du consentement*, th. Paris 2, 1981, n° 1860 et s. ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 519.

⁵ V. Christianos, *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs*, D. 1993, chron. 28.

⁶ S. Destraz, *Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation*, *Contrats Conc. Consom.*, mai 2004, étude 7.

⁷ A. Françon, *Rapport sur la protection des consommateurs dans la conclusion des contrats civils et commerciaux en droit civil français*, *Travaux Association H. Capitant*, t. 24, 1973, p. 124 ; A. Bietrix et H. Birbes, *Vente à domicile et protection du consommateur*, Cah. dr. entr. 1973, n° 1 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 517 ; P. Brun, *Le droit de revenir sur son engagement*, Dr. et patr., mai 1998, 78 ; Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, Armand Colin, coll. U, 2005, n° 198 ; G. Raymond, *Droit de la consommation*, Litec, 2008, n° 359.

⁸ P.-J. Doll et H. Guérin, *Le démarchage et la vente à domicile*, JCP 1973, I, 2524, n° 26-27 ; D. Ferrier, *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants*, D. 1980, chron. 177, n° 46 et 49 ; L. Bernardeau, *Le droit de rétractation du consommateur, Un pas vers une doctrine d'ensemble*, JCP G 2000, I, 218, n° 4 ; L. Bernardeau, *Le droit de rétractation du consommateur un pas de plus vers une doctrine d'ensemble*, JCP G 2002, I, 168.

résolution¹, ou de révocation unilatérale². Or, leur contenu et leurs travaux préparatoires montrent qu'ils sont des droits de révocation unilatérale du contrat.

336. Les analyses actuelles. La rétractation de l'acceptation est différente du délai de rétractation évoqué par l'article 1122 du Code civil, qui est prévu par la loi ou le contrat et « avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement ». En effet, la doctrine affirme depuis l'ordonnance de 2016 que ce délai de rétractation de l'article 1122 est le délai pendant lequel l'acceptant peut se rétracter³, ou retirer⁴, révoquer⁵, rétracter⁶, reprendre⁷, son consentement, ou revenir sur ce dernier⁸, ou sur son engagement⁹, mettre fin rétroactivement au contrat¹⁰, revenir sur celui-ci¹¹, l'annihiler¹², l'anéantir¹³, opérer sa résolution¹⁴, ou durant lequel le contrat serait en attente¹⁵. En réalité ce sont des possibilités de révocation unilatérale du contrat d'origine textuelle, donc comme cela a été dit¹⁶, ces dispositions de l'article 1122 ne sont pas à leur place dans cette partie.

Ainsi, la révocation de l'acceptation peut intervenir entre la création de cette dernière et la conclusion, même si elle n'est guère étudiée par les sources existantes ; il en va de même de la caducité de l'acceptation.

B. La caducité de l'acceptation

337. La question de la caducité de l'acceptation n'est pas traitée par le Code civil et par la doctrine, pourtant elle se pose en cas de survenance d'événements relatifs aux personnes (2) ou étrangers à celles-ci (1).

1. La caducité de l'acceptation et les événements non relatifs aux personnes

¹ A. Françon, *Rapport sur la protection des consommateurs dans la conclusion des contrats civils et commerciaux en droit civil français*, Travaux Association H. Capitant, t. 24, 1973, p. 124 ; P.-J. Doll et H. Guérin, *Le démarchage et la vente à domicile*, JCP 1973, I, 2524.

² J.-P. Pizzio, *Un apport législatif en matière de protection du consentement*, RTD civ. 1973, p. 86, n° 29.

³ P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 87.

⁴ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 216.

⁵ A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 81.

⁶ T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 69 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 249 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 197 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 456.

⁷ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 180.

⁸ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 210 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 23.

⁹ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 180 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 216.

¹⁰ A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 23.

¹¹ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 122.

¹² M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 456.

¹³ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 249 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 218 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 180.

¹⁴ N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 26 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz*, V° Contrat : formation, janv. 2019, n° 53.

¹⁵ P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 145.

¹⁶ N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 26.

338. Le refus de contracter et la contreproposition. Dans les contrats avec plus de deux parties, le destinataire de l'acceptation et de l'offre peut manifester à leur suite un refus de contracter ou une contreproposition. Par exemple, le destinataire d'une offre et d'une acceptation, d'un époux et de son épouse, tendant à la conclusion d'un achat d'un bien immobilier, peut manifester son refus de contracter ou une volonté de conclure un contrat à un prix différent de celui proposé. Pourtant, la doctrine n'envisage pas ces cas à notre connaissance. Or, au vu des nombreuses définitions de la caducité que nous avons étudiées en détail, la caducité résulte selon nous de la disparition d'une condition d'existence ou de validité d'un acte juridique, faisant obstacle à son efficacité¹. Néanmoins, le refus de contracter et la contre-proposition n'entrent pas dans les définitions des causes de la caducité.

339. L'extinction de l'offre. Il y a caducité de l'acceptation lorsque l'offre s'éteint, parce que l'acceptation perd une de ses conditions d'existence, qui est le fait d'être postérieure à une offre existante, ce qui l'empêche d'être efficace et la rend caduque. Or, il est opportun que l'acceptant voie son consentement anéanti par la disparition de l'offre qui a conduit à l'acceptation.

340. La condition et le terme extinctifs. Même si les sources existantes n'évoquent pas cette possibilité, l'acceptant peut avoir intérêt à prévoir que son acceptation disparaîtra lors de la survenance certaine ou incertaine d'un événement, des changements économiques, l'absence de réception de l'acceptation avant une date déterminée, le refus de contracter ou la contreproposition. Théoriquement, nous pensons que dans ces cas le terme extinctif et la condition extinctive sont attachés à l'effet de conclusion, qui est essentiel à l'acceptation et qui disparaît lors de leur survenance, ce qui rend l'acceptation caduque par disparition d'une condition d'existence, laquelle est le fait de contenir cet effet essentiel.

Ainsi, certains événements non relatifs aux personnes entraînent la caducité de l'acceptation ; il en va de même des événements relatifs aux personnes.

2. La caducité de l'acceptation et les événements relatifs aux personnes

341. Le décès de l'acceptant. Des sources reconnaissent avant la réforme de 2016², et reconnaissent³, la caducité du consentement par le décès de son auteur sans distinguer offre et acceptation. Parallèlement, d'autres soutenaient que l'acceptation était caduque par le décès

¹ Voir ci-dessus n° 75.

² V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 16 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 28 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 166.

³ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 219.

de son auteur¹. Or, par analogie avec l'offre, en principe le décès et la dissolution de l'acceptant causaient avant 2016 et causent aujourd'hui la caducité de l'acceptation, car ils font perdre à l'acceptation une condition de validité, qui est le fait pour l'acceptant d'avoir la personnalité juridique et son attribut qui est la capacité de contracter. Exceptionnellement, lorsque l'acceptation contenait avant 2016 et contient une obligation de ne pas l'anéantir, le décès de l'acceptant ne la rendait pas et ne la rend pas caduque, car certes disparaît la personnalité juridique et la capacité de contracter de l'acceptant, mais celle-là est continuée par ses héritiers qui reçoivent l'acceptation au passif de leur patrimoine. Il en va de même pour la dissolution de l'acceptant avec transmission de son patrimoine et donc de l'acceptation contenant une obligation de ne pas l'anéantir. À ce titre, il existe une exception à cette exception, lorsqu'une qualité de l'acceptant décédé a été érigée au rang d'élément concret essentiel à la complétude, c'est-à-dire lorsque le contrat doit être conclu *intuitu personae* : puisque cette qualité de l'acceptant a disparu avec ce dernier, l'acceptation a perdu une condition d'existence, qui est cet élément concret essentiel à la complétude.

342. L'incapacité de l'acceptant. Des sources affirmaient avant 2016², et affirment que le consentement est caduc par l'incapacité de son auteur sans distinguer offre et acceptation et sans prendre en compte concrètement cette incapacité et le contrat visé³. Symétriquement, d'autres soutenaient que l'acceptation était caduque par l'incapacité légale de son auteur⁴. Or, si l'acceptant devient incapable, il faut étudier s'il n'a plus la capacité de conclure seul le contrat accepté, auquel cas son acceptation devient caduque par perte de sa condition de validité, qui est la capacité de le conclure. Parallèlement, l'abolition du discernement de l'acceptant, après la création de l'acceptation, entraîne la caducité de celle-ci pour disparition d'une de ses conditions de validité, comme cela fut reconnu au XIX^e siècle⁵.

Ainsi, les questions étrangères à l'extinction normale de l'acceptation, par production de son effet de conclusion, ne sont généralement pas traitées par les sources existantes ; à l'inverse, la question de la date de conclusion du contrat est très étudiée.

Section II. Le régime de l'acceptation lors de son extinction par conclusion

¹ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 159.

² V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 16 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 166.

³ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 219.

⁴ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 159.

⁵ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 159.

343. À nos yeux, l'acceptation est caduque par la production de son effet de conclusion, en raison de la perte d'une condition d'existence qui est le fait de contenir cet effet. Or, les problèmes de la date et du lieu de la conclusion présentent des intérêts divers et ont fait l'objet de nombreux développements doctrinaux (**I**) et décisions avant la réforme de 2016, qui les a réglés avec l'article 1121 du Code civil (**II**).

I. Les théories et les intérêts relatifs à la date et au lieu de conclusion

344. Les intérêts des problèmes de la localisation et de la datation de la conclusion sont nombreux (**A**), tout comme les théories élaborées afin de les régler (**B**).

A. Les intérêts relatifs à la date et au lieu de conclusion

345. Les intérêts de la date de conclusion sont plus nombreux (**1**) que les intérêts du lieu de conclusion (**2**).

1. Les intérêts relatifs à la date de conclusion

346. Les cas compliquant la datation. La détermination de la date de conclusion du contrat peut être difficile dans les hypothèses de la conclusion par offre et acceptation échangées à distance, par correspondance, ou entre absents selon la terminologie classique, qui sont les seules envisagées par la doctrine, mais aussi dans d'autres cas.

D'abord, lorsque le contrat est conclu par une offre et une acceptation, échangées par correspondance, la détermination de cette date de conclusion pose des problèmes, sauf si cette date a été déterminée volontairement, étant donné qu'il est possible d'hésiter entre plusieurs dates : la manifestation, l'envoi, la réception et la connaissance par l'offrant de la volonté de l'acceptant. Cependant, cette détermination pose aussi des difficultés pour les contrats qui ne sont pas conclus par acte authentique leur conférant date certaine, ou lorsque l'effet de conclusion d'un des consentements est suspendu jusqu'à la survenance d'un événement constituant un terme ou une condition, qui peut être difficile à dater.

Ensuite, lorsque le contrat est formé par une promesse unilatérale de contrat contenant un consentement complet et une levée d'option, la détermination de la date de conclusion peut être délicate pour les mêmes raisons.

Enfin, lorsque le contrat est conclu par une promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements, la date de conclusion peut poser des problèmes puisque l'effet de conclusion des consentements est suspendu jusqu'à la survenance d'un événement constituant un terme ou une condition, qui peut être difficile à dater.

347. Les règles dépendant de la datation. La détermination de la date de la conclusion conditionne de nombreuses règles.

Premièrement, comme le soulignent de nombreuses sources, la détermination de la date de conclusion est importante pour régler divers problèmes du régime de l'offre, dont sa révocation et sa caducité. Il en va de même du régime de l'acceptation.

Deuxièmement, de nombreux auteurs évoquent, avant¹, et après la réforme², l'importance de la datation de la conclusion de la vente, en raison du fait que les transferts de propriété et des risques de la chose s'opèrent normalement lors de cette conclusion. Or, nous pensons que le transfert de propriété s'opère non par la rencontre des consentements, mais juste après la rencontre des consentements produisant leur effet de conclusion et formant le contrat, lequel produit alors immédiatement ce transfert de propriété.

Troisièmement, nombreux sont les écrits, antérieurs à l'ordonnance de 2016³, et postérieurs⁴, indiquant la nécessité de déterminer la date de conclusion, parce que c'est la loi en vigueur lors de celle-ci qui régit le contrat, en cas de succession de lois différentes.

Quatrièmement, la doctrine cite, avant la réforme de 2016⁵, et après¹, les nombreux délais

¹ M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 93 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 120 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 16 ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 187 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 29 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 377 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° Consentement, avr. 2007, n° 240 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 75 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 166 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-87 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 882 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 158 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 52 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 138 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 274 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, 14^e éd., Dalloz, 2014, n° 753.

² F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 219 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 157 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 53 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 108 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1054 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 142 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 286 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 235 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 213 et s.

³ J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 122 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 18 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 30 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 280 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 75 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 166 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-87 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 882 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 274 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 52 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 138 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, 14^e éd., Dalloz, 2014, n° 753 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 175.

⁴ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 219 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 245 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 84 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 53 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1054 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 194 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 235 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 142 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 286 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 451 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 175 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 213 et s.

⁵ J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 121 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 20 ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 188 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 377 ; P. Chauvel, *Rép. civ.*

débutant lors de de la conclusion, dont les délais de prescription et de rétractation.

Cinquièmement, quelques sources étudiant la situation dans le temps de la conclusion, mentionnent l'action paulienne, pour laquelle il faut justifier d'un droit antérieur à cette formation², les procédures collectives³, la lésion⁴, ou les cas dans lesquels le prix est déterminé par référence à un indice existant lors de cette conclusion⁵.

Au total, les intérêts de la date de conclusion du contrat se dédoublent, puisque sa détermination peut être délicate dans des hypothèses diverses et ses conséquences juridiques sont nombreuses. Parallèlement, les intérêts de la détermination du lieu de conclusion du contrat ont décliné parce que les règles fondées sur celle-ci se sont réduites.

2. Les intérêts relatifs au lieu de conclusion

348. Le droit interne. Des règles anciennes ou actuelles dépendent du lieu de conclusion : elles s'attachent à déterminer si le contrat a été conclu dans un périmètre géographique afin d'en tirer des conséquences juridiques.

La première est l'article 1159 du Code de 1804, abrogé en 2016, selon lequel ce qui était ambigu dans le contrat s'interprétait par ce qui était d'usage dans le pays de conclusion⁶.

La deuxième est l'article 420 du Code de procédure civile de 1806, qui affirmait que le demandeur pouvait assigner notamment devant le tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse avait été faite et la chose livrée⁷. De nos jours, l'article 46 du Code de procédure

Dalloz, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 240 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 75 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 882 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 166 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-87.

¹ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 219 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 157 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 84 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 108 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 194 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 142 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 235.

² M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 95 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 123 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 19 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 377 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 166 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 219.

³ M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 94 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 124 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 20 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 377 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 157 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 108.

⁴ V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 19.

⁵ M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 97.

⁶ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 377 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-89 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 895 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 159.

⁷ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, n° 100 ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 76 ; M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 92 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 127 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 21 ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 188 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 67 ; J.-L. Aubert, *Notions*

civile ne mentionne plus ce lieu de conclusion pour régler ce problème de compétence¹.

La troisième est l'article 1412-1 du Code du travail qui persiste² : il affirme que le salarié peut notamment saisir le conseil de prud'hommes du lieu où l'engagement a été contracté. À l'analyse, nous considérons que le contrat se forme lorsque les consentements se rencontrent par la production de leur effet de conclusion. Ainsi, cette rencontre est une abstraction. Certes, si les consentements sont manifestés dans le ressort d'un même tribunal, le lieu de conclusion ne pose pas de difficultés. En revanche, s'ils sont manifestés dans des ressorts de tribunaux différents, il est impossible techniquement de situer la production de cet effet de conclusion, qui est une abstraction, dans le ressort de l'un des tribunaux et il n'y a pas lieu de faire primer le lieu de l'offre sur le lieu de l'acceptation ou de faire l'inverse. Pourtant, en pratique dans ces cas, la jurisprudence retient le lieu de manifestation de la volonté du salarié³ : c'est le lieu de réception et de signature du contrat par le salarié.

349. Le droit international privé. La jurisprudence en droit international privé contenait une règle dépendant du lieu de conclusion pour déterminer la forme du contrat, mais les textes européens adoptent une autre démarche.

Premièrement, l'arrêt *Kid de Chaplin*, rendu par la Cour de cassation, le 28 mai 1963, reconnu que la règle *locus regit actum* ne s'opposait pas à ce que les contrats internationaux fussent conclus en France en une forme prévue par la loi étrangère les régissant au fond. Ainsi, en vertu de la maxime *locus regit actum*, en principe la forme du contrat était régie par

et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 377 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^{ème} éd., 2000, p. 79 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 167 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 220.

¹ P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 240 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 75 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-89 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 895 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 159 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 753 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 182 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 246 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 108 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1054 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 194 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 286 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 182 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 252.

² P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 241 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 285 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 75 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 167 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-89 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 895 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 159 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 479 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 220 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 246 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 157 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 85 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 108 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 291 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 194 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 460 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 252.

³ *Rép. trav. Dalloz*, V° *Prud'hommes*, janv. 2018, n° 304 et s.

la loi du lieu de sa conclusion comme le rappellent diverses sources relatives à ce lieu¹. Or, nous pensons que la conclusion du contrat s'opère par la production de leur effet de conclusion par les consentements, ce qui est une abstraction juridique. En conséquence, si l'offre et l'acceptation étaient manifestées dans le même pays, le contrat devait en principe respecter la forme contractuelle imposée par la loi de ce pays, sans que cela ne posât problème. En revanche, si elles étaient manifestées dans deux pays différents, la détermination du lieu de conclusion était techniquement impossible, car la conclusion est l'effet juridique de chacun des consentements.

Deuxièmement, l'article 9 de la Convention de Rome de 1980, puis l'article 11 du Règlement européen Rome I du 17 juin 2008, ont distingué deux situations pour déterminer la loi applicable à la forme du contrat et ont donc été interprétés comme sources de déclin pour l'exigence de détermination du lieu de conclusion². D'une part, si un contrat est conclu entre des personnes se trouvant dans le même pays, il est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu, sans difficulté dans la détermination du pays dans lequel le contrat a été conclu. D'autre part, si un contrat est conclu entre des personnes se trouvant dans des pays différents, il est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond, ou de la loi d'un des pays dans lequel se trouve l'une ou l'autre des parties au moment de sa conclusion, ou de la loi du pays dans lequel l'une ou l'autre des parties avait sa résidence habituelle. Or, il n'est pas question ici de lieu de conclusion à déterminer.

En définitive, les intérêts de la détermination de la date de conclusion sont nombreux au contraire des intérêts de la détermination du lieu de conclusion. Parallèlement, les théories sur la détermination de la date et du lieu de conclusion sont diverses.

B. Les théories relatives à la date et au lieu de conclusion

¹ P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 241 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 285 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 167 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-89 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 159 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 275 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 138 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 220 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 194 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 286 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 460.

² P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 241 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-89 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 167 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 275 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 220 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 246 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 157 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 85 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 194 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 141 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 252.

350. Les questions de la date et du lieu de la conclusion du contrat ont fait l'objet de quatre théories majoritaires (1), mais aussi de théories minoritaires (2).

1. Les théories majoritaires relatives à la date et au lieu de conclusion

351. À la suite du travail de Koeppen de 1871¹, la doctrine développe généralement quatre théories situant la conclusion à la date et au lieu auxquels le consentement de l'acceptant est manifesté, expédié, reçu ou connu. Or, nous n'adhérons à aucun de ces systèmes pour quatre raisons.

Primo, ces systèmes sont cantonnés à la formation du contrat par rencontre d'une offre et d'une acceptation. Cependant, la conclusion peut résulter de la rencontre des consentements contenus, soit dans une promesse unilatérale de contrat de l'article 1124 du Code civil et une levée d'option, soit dans une promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements. Dès lors, la date de conclusion pose aussi des problèmes dans ces deux cas.

Secundo, ces systèmes sont essentiellement utilisés pour les contrats conclus à distance, par correspondance ou entre absents. Toutefois, il n'y a pas lieu techniquement de distinguer la date de formation de ces contrats et des autres, car cette conclusion résulte de la rencontre des consentements produisant leur effet de conclusion.

Tertio, ces systèmes n'ont identifié ni la nature juridique de l'offre et de l'acceptation ni leur effet juridique de conclusion du contrat. Or, selon nous, l'offre et l'acceptation sont des manifestations de volonté de produire un effet de conclusion. En conséquence, la formation du contrat résulte de la rencontre des consentements produisant leur effet de conclusion. Aussi, avant 2016, en l'absence de texte régissant la question, cet effet était normalement produit lors de la manifestation de la volonté de contracter de l'acceptant. Dès lors, ne convainc pas la justification des théories de la déclaration et de l'expédition du consentement par le fait que le contrat existe dès que le destinataire de l'offre a pris la décision de l'accepter ou l'a envoyée², parce que la coexistence ou concordance des volontés de contracter suffirait : il faut une rencontre des consentements.

Quarto, ces systèmes avaient tort de lier les questions de la date et du lieu de conclusion. Certes, lorsque les volontés de l'offrant et de l'acceptant étaient manifestées dans le même

¹ A. Koeppen, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, 1871.

² M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 114 ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 55 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 381 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 76 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-91 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 170 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 161 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 139 ; B. Petit et S.

lieu, la détermination du lieu de conclusion ne posait pas de problème. En revanche, lorsque ces volontés étaient manifestées dans des lieux différents, la détermination d'un seul lieu de conclusion était impossible, car l'effet de conclusion produit par chacune de ces volontés était une abstraction et ces volontés n'étaient pas rattachées à un seul lieu.

352. La déclaration. Le système de la déclaration affirme que le contrat est conclu au moment et au lieu de la manifestation par l'acceptant de sa volonté de contracter identique à l'offre¹, donc lors de la rédaction de l'acceptation².

D'abord, ce système fut approuvé en doctrine pour une raison politique, mais ce sont deux autres raisons, politique et technique, qui nous conduisent à situer la date de la conclusion à la manifestation du consentement de l'acceptant.

Primo, au plan politique, il est plébiscité pour sa rapidité³, qui est indéniable.

Secundo, la fixation de la date de conclusion à la manifestation de volonté de l'acceptant est politiquement conforme aux idées libérales qui fondent notre droit des contrats depuis 1804. En effet, de façon générale ce système permet une conclusion du contrat rapide, dès la manifestation de volonté de l'acceptant. Ainsi, cela est conforme à l'exigence libérale d'une conclusion rapide et facile du contrat. Cependant, l'acceptant peut, conformément aux idées libérales en général et à la liberté contractuelle en particulier, suspendre l'effet de conclusion produit par son consentement, avec les techniques du terme et de la condition, jusqu'à la survenance d'un événement, qui peut être notamment l'expédition, la réception ou la prise de

Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 112.

¹ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, n° 118 ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 55 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 140 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 26 ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 196 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 30 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 382 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 79 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Consentement, avr. 2007, n° 242 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 281 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 76 ; Lamy *Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-91 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 170 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 883 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 53 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 282 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 161 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 478 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 176 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 242 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 87 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 54 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 112 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 291 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 195 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 287 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 176.

² M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 114 ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 66 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 170 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 161 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 478.

³ V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 27 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 79 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, 14^e éd., Dalloz, 2014, n° 753 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1055 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 287.

connaissance de son acceptation.

Tertio, au plan technique, nous pensons que l'offre et l'acceptation sont des manifestations de volonté de produire un effet de conclusion, donc des actes juridiques unilatéraux ayant pour effet essentiel, cet effet de conclusion. En conséquence, en l'absence de texte régissant la question de la date de conclusion avant l'ordonnance de 2016, le consentement de l'acceptant produisait son effet de conclusion dès son extériorisation.

Ensuite, le système de la déclaration fut désapprouvé pour diverses raisons.

Primo, il fut critiqué à cause des prétendues difficultés ou impossibilités de prouver la date de manifestation de la volonté de contracter de l'acceptant¹. Cependant, comme Valéry le soutenait², la date de la manifestation du consentement de l'acceptant pouvait être prouvée : l'acceptant devait se constituer cette preuve, par exemple en recourant à la forme notariée ou en enregistrant son acceptation sous seing privé.

Secundo, il fut critiqué en raison du fait qu'il laissait la formation du contrat à la merci de l'acceptant, pouvant différer son expédition ou y renoncer, ce qui rendait son consentement non définitif car révocable³. Cependant, en fait jusqu'à l'expédition, l'offrant ne connaissait pas l'acceptation, si bien qu'il ne pouvait pas s'en prévaloir et ne causait aucun tort.

Tertio, il fut critiqué parce que l'acceptation était purement mentale ici et insuffisamment extériorisée⁴. Néanmoins, l'acceptation étant une manifestation de volonté de contracter identique à l'offre, elle existe dès son extériorisation et n'est plus alors purement mentale.

Quarto, il fut reproché à ce système de situer la conclusion à un moment auquel l'offrant n'a pas connaissance de la formation du contrat, ce qui était contraire à l'exigence de sécurité¹. Néanmoins, cet argument n'était pas décisif, la conclusion s'opérait par la manifestation de

¹ A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 66 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 40 ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 197 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° Consentement, avr. 2007, n° 242 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 281 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code*, Art. 1109, Consentement, sept. 2012, n° 76 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 282 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 478 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 242 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code*, Art. 1113-1122, Offre et acceptation, sept. 2020, n° 112 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 291.

² J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 142.

³ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, n° 119 ; M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 114 et s. ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 66 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 145 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code*, Art. 1109, Consentement, sept. 2012, n° 76 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 170 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 176 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 223 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code*, Art. 1113-1122, Offre et acceptation, sept. 2020, n° 112 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 176.

⁴ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, n° 119 ; M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 104 ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 66 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 142 ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 197 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 40 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 170 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 223.

volonté d'accepter l'offre en principe, en raison de la nature juridique de l'offre et de l'acceptation, ce qui était conforme au libéralisme exigeant une conclusion rapide.

Quinto, un argument n'était guère avancé et nous conduit à ne pas adhérer au système de la déclaration. C'est le fait que lorsque les consentements sont manifestés dans des lieux différents, il n'est pas possible de situer la conclusion à un lieu, parce que cette dernière résulte abstraitement de la production de leur effet de conclusion par ces consentements.

353. L'expédition. Dans le système de l'expédition le contrat se forme au lieu et au moment où l'acceptant se dessaisit de son acceptation², qui est expédiée³.

D'une part, il fut préféré au système de l'émission de la volonté parce que la date de l'expédition pouvait être prouvée plus facilement que la manifestation de la volonté⁴. Néanmoins, la preuve de cette dernière n'était pas plus difficile que celle de l'expédition.

D'autre part, il fut critiqué étant donné que l'acceptant pouvait récupérer son acceptation avant sa réception⁵, et qu'il permettait à l'acceptant de retirer son effet à l'acceptation⁶. Toutefois, cet argument de la possibilité de récupérer son acceptation après son expédition

¹ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 384.

² G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, n° 122 ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 68 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 144 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 26 ; J. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 198 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Consentement*, avr. 2007, n° 242 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 76 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 170 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-91 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 883 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 161 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 282 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 176 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 223 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 87 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 112 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 176.

³ A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 68 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 31 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 281 ; J. Carbone, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 79 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 76 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-91 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 170 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 53 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 139 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 478 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 223 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 54 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 291.

⁴ M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 104 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 144 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 41 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 40 et s. ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 386 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-91 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 753 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 282 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 478 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 242 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1055 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 291.

⁵ A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 69 ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 199 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 42 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 387 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 76 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 170 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 223.

⁶ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 76 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 170 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 223 ; B. Petit et

n'était pas déterminant, puisqu'il s'agissait d'une possibilité factuelle, très rarement utilisée, qui n'aurait pas fait obstacle à la conclusion lors de l'expédition en droit, mais aurait privé l'offrant de la connaissance de celle-ci, si bien que ce dernier n'aurait pas invoqué le contrat.

354. L'information. Le système de l'information affirme que le contrat est conclu au moment et au lieu de la connaissance de l'acceptation par l'offrant¹.

D'abord, ce système serait justifié car la conclusion du contrat résulterait d'une rencontre véritable des volontés et serait exclue en cas d'ignorance de l'acceptation par l'offrant². De la même façon, il serait nécessaire par analogie avec l'exigence de notification de l'offre³. Néanmoins, l'acceptation était comme l'offre avant 2016 un acte juridique unilatéral qui existait et produisait son effet de conclusion dès la manifestation de volonté de contracter identique à l'offre, sans que sa prise de connaissance par l'offrant ne fût exigée au titre de son existence ou de son efficacité.

Ensuite, diverses critiques lui ont été adressées : ce système a été critiqué à juste titre en raison de la difficulté de prouver la connaissance de l'acceptation par l'offrant⁴, du fait qu'il

S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 112.

¹ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, n° 127 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 150 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 25 ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 201 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 31 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 388 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° Consentement, avr. 2007, n° 242 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 77 ; Lamy *Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-91 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 169 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 883 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 53 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 162 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 478 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 177 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 222 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 87 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 54 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 113 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 291 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 287 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 177.

² G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, n° 127 ; M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 105 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 27 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 36 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 79 ; Lamy *Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-91 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 169 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 139 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 162 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 283 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 478 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 222 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 291.

³ A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 36.

⁴ M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 117 ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 56 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 40 ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 202 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 388 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 79 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° Consentement, avr. 2007, n° 242 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 281 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 77 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 169 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 283 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 478 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 222 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 113 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 291.

permet à l'offrant de retarder la conclusion ou de la rendre impossible en n'ouvrant pas son courrier¹, ou en raison de sa lenteur². Inversement, la critique selon laquelle ce système conduirait à l'impasse en exigeant aussi la prise de connaissance par l'acceptant de la prise de connaissance de son acceptation par l'offrant³, ne peut convaincre faute d'une telle exigence.

355. La réception. Le système de la réception soutient que le contrat est formé au lieu et au moment de la réception de l'acceptation par l'offrant⁴. Or, il a été consacré à l'article 1121 du Code civil, par l'ordonnance du 10 février 2016.

D'une part, ce système a trouvé des justifications qui n'emportent pas la conviction.

Primo, selon ce système, l'acceptation n'existait et n'était définitive que lorsque l'acceptant s'en dessaisissait⁵. Or, avant la réforme de 2016, le système de la réception ne devait pas être retenu, parce que l'acceptation était un acte juridique unilatéral avec pour effet essentiel, un effet de conclusion, qui se produisait dès sa manifestation, faute de texte contraire : l'acceptation n'était pas un acte exigeant sa notification au titre de son existence. Symétriquement, après 2016, nous pensons que l'acceptation existe dès la manifestation de volonté de l'acceptant identique à l'offre, mais que l'article 1121 suspend son effet de conclusion jusqu'à sa réception.

Secundo, ce système était justifié par le fait que la réception faisait présumer la connaissance

¹ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, n° 128 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 38 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 388 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 77 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 162 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 283 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 113.

² A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 56 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 166 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 40.

³ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, n° 129 ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 59 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 166 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 39 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 39 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 390 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 169 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 222.

⁴ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, n° 122 ; M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 118 ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 67 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 148 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 26 ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 201 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 31 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 389 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V^o *Consentement*, avr. 2007, n° 242 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 281 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 77 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 169 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-91 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 883 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 53 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 139 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 478 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 177 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 222 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 87 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 54 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 113 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 291 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 195 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 177.

⁵ J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 144 et s. ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 40.

de l'acceptation¹. Cependant, avant 2016, l'acceptation existait et produisait son effet de conclusion dès la manifestation du consentement identique à l'offre, donc sa connaissance par l'offrant était indifférente pour son existence et son efficacité, si bien que la présomption de sa connaissance à partir de sa réception n'avait aucun intérêt.

Tertio, ce système fut privilégié par rapport à celui de l'information, pour la facilité de preuve de la réception², qui fut contestée à juste titre³, cette preuve n'étant pas nécessairement plus facile que celle de la manifestation de la volonté.

Quarto, cette théorie de la réception fut présentée, avant la réforme de 2016⁴, et après⁵, comme source de sécurité. Toutefois, le système de la déclaration est le seul à assurer une pleine sécurité précontractuelle : avec lui, à partir de la manifestation de volonté de l'acceptant, l'acceptation produit son effet de conclusion et s'éteint immédiatement, il n'y a aucune place entre sa création et la conclusion, soit pour une révocation, une caducité ou une disparition matérielle de l'acceptation, soit pour une révocation ou une caducité de l'offre.

Quinto, ce système de la réception fut présenté comme étant conforme à la volonté de l'offrant⁶. Néanmoins, la volonté de l'offrant est celle de conclure un contrat, c'est-à-dire de produire un effet de conclusion et si l'offrant n'a pas suspendu cet effet jusqu'à sa prise de connaissance de l'offre, il est conforme à sa volonté de dater la conclusion à l'acceptation.

D'autre part, une critique de ce système souligne que l'acceptation peut être tacite et résulter de l'exécution du contrat, donc l'application de celui-ci conduirait à situer la conclusion à la réception des marchandises et à permettre à l'offrant de révoquer son offre alors que le destinataire a déjà exécuté le contrat⁷. Toutefois, l'acceptation tacite est présumée, si bien que lorsque l'acceptation est présumée à partir de l'exécution du contrat proposé par l'offre, le juge fixe la date de conclusion à la date d'exécution, ce qui empêche toute révocation de l'offre à partir de cette conclusion. Peu importe la date de réception de la

¹ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 389 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 242 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 77 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-91.

² A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 67 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 41 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-91 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 753 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 283 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 478 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1055 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 291.

³ J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 148 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 43.

⁴ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 753.

⁵ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1055.

⁶ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 389.

⁷ I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 162 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 169 ; F. Chénéfé, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 222.

marchandise : l'acceptation étant présumée à partir de son expédition, cette expédition n'est pas la manifestation de sa volonté de contracter par le destinataire et il n'y a pas lieu de considérer que sa réception est celle de l'acceptation.

Ainsi, il existe quatre théories majoritaires concernant les questions de la date et du lieu de conclusion. Parallèlement, il existe des théories minoritaires sur ces questions.

2. Les théories minoritaires relatives à la date et au lieu de conclusion

356. La théorie minoritaire et ancienne. Au XIX^e siècle, Windscheid affirma que la conclusion du contrat n'intervenait pas toujours à un moment unique, mais que sa date se dédoublait dans certains cas. Plus précisément, son système fut résumé par la doctrine française en deux temps¹. D'une part, pour les contrats unilatéraux, soit l'offre était faite par le futur créancier et le contrat était formé par la réception de l'acceptation par l'offrant, soit l'offre était réalisée par le futur débiteur et l'offrant était lié dès l'expédition de son offre, alors que l'acceptant pouvait révoquer l'acceptation jusqu'à sa réception par l'offrant. D'autre part, pour les contrats synallagmatiques, l'acceptant pouvait révoquer son acceptation jusqu'à sa réception alors que l'offrant était lié dès l'expédition de l'acceptation. Cependant, cette construction fut critiquée². Or, nous pensons que l'offre et l'acceptation sont des actes juridiques unilatéraux, ayant pour effet essentiel, un effet de conclusion, dont la production les éteint. En conséquence, il était impossible de situer à une date la conclusion et l'extinction de l'offre ou de l'acceptation pour l'offrant et de la situer à une autre pour l'acceptant.

357. Les théories minoritaires et modernes. Des auteurs modernes ont proposé des solutions nouvelles pour déterminer la date et le lieu de conclusion.

D'une part, des auteurs ont proposé de ne pas retenir les mêmes systèmes pour la détermination de la date de conclusion et pour celle du lieu.

Ainsi, en 1961, M. Malaurie proposa de distinguer la date de conclusion qui devait être située à la réception de l'acceptation, et le lieu de conclusion qui devait être situé à celui de l'émission de l'acceptation³. Or, son idée fut critiquée⁴, ou jugée intéressante⁵.

Par ailleurs, des auteurs proposèrent de distinguer les questions de la date de conclusion, de

¹ A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 70.

² G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, n° 131 et s. ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 70 et s. ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 168 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 34.

³ D. 1961, p. 417, note P. Malaurie.

⁴ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 401 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 170.

⁵ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 401 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations, vol. 1, L'acte juridique*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 168.

son lieu et de la révocabilité des consentements¹. Plus précisément, ils affirmaient qu'il fallait situer la formation à l'émission de l'acceptation, que la question de la date limite de révocabilité de l'offre était différente de la précédente tout comme celle de l'acceptation, et que le lieu de conclusion était le lieu de manifestation de l'offre. Toutefois, il n'y avait pas lieu de retenir une date limite pour la révocation de l'offre et de l'acceptation différente de celle de conclusion puisque la volonté d'anéantir l'une de celles-ci manifestée avant la conclusion était efficace. Parallèlement, la détermination du lieu de conclusion était impossible en présence de lieux de manifestation de volonté différents.

D'autre part, des auteurs ont proposé de faire dépendre des intérêts pratiques en jeu, les compétences législatives et judiciaires mais aussi la révocabilité afin de dépasser l'approche générale et abstraite². Néanmoins, cela était impossible car la date de conclusion était nécessairement celle de la manifestation de volonté d'accepter l'offre.

Ainsi, face aux nombreux intérêts de la date de conclusion et aux quelques intérêts du lieu de conclusion, la doctrine a élaboré essentiellement quatre théories. Or, cette hétérogénéité s'est répercutée dans la jurisprudence antérieure à l'ordonnance de 2016.

II. Les textes et la jurisprudence relatifs à la date et au lieu de conclusion

358. Le droit positif était très incertain sur la date et le lieu de conclusion avant l'ordonnance du 10 février 2016 (A), qui a tranché en faveur du système de la réception (B).

A. Les règles déterminant la date et le lieu de conclusion avant la réforme de 2016

359. Les déterminations de la date et du lieu de conclusion étaient très incertaines avant la réforme de 2016 (1), mais les solutions devaient être déduites de la nature juridique de l'offre et de l'acceptation (2).

1. Les solutions existantes sur la date et le lieu de conclusion avant la réforme de 2016

360. Les textes. La doctrine évoquait avant 2016 deux textes au titre de la détermination de la date et du lieu de conclusion : les articles 932 et 1985 du Code civil.

D'une part, l'article 932 du Code civil dispose que « la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié ». C'est

¹ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 404 et s. ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 243 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 78 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 168 et s.

² P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 477 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 291.

pourquoi de nombreux auteurs l'ont mentionné lors de l'étude des systèmes de la réception¹, et de l'information², soit pour les justifier, soit afin de les critiquer. Toutefois, les travaux préparatoires du Code de 1804 montrent que cet article n'a pas été créé avec l'idée de consacrer l'un de ces systèmes, mais seulement en raison des enjeux de la donation³.

D'autre part, l'article 1985 du Code civil affirme que « L'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire ». C'est pourquoi de nombreux auteurs ont soutenu que cet article consacre le système de l'émission⁴. Cependant, cette affirmation de l'article 1985 concerne l'acceptation tacite, c'est-à-dire l'acceptation qui est présumée. Ainsi, dans ce cas, il n'existe pas de preuve directe d'une manifestation de volonté de contracter du destinataire de l'offre, parce que ce dernier n'a pas manifesté celle-ci. En conséquence, cet article reconnaît la possibilité de présumer cette acceptation du mandat à partir de son exécution et il ne fixe aucunement la date de conclusion au moment de la manifestation de volonté du destinataire de l'offre, puisque précisément ce dernier n'en a pas manifesté. Aussi, cet article n'opte pas pour le système de l'émission.

361. Les décisions. Jusqu'en 1932, la Cour de cassation a longtemps saisi les déterminations de la date et du lieu de conclusion comme des questions de fait, en ce sens que la réponse variait avec les circonstances⁵. Par conséquent, les juges du fond situaient souverainement le lieu et la date de conclusion à l'émission⁶, l'expédition⁷, ou la réception⁸,

¹ J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 388 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 244 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 170 ; Lamy *Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-93 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 163 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 21 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 178 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 242 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 225 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 178.

² A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 61 ; M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 107 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 160 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 34 ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 207 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 36 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 79 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 883.

³ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 12, 1836, p. 450 et 595 et s.

⁴ G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, n° 117 ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 63 ; M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 110 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 163 et s. ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 35 ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 206 ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 37 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 383 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 79 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007, n° 244 ; Lamy *Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-93 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 883 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 170 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 163 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 178 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 242 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 225 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 178.

⁵ Cass. req., 6 août 1867 : DP 1868, 1, p. 35 ; Cass. req., 1^{er} déc. 1875 : DP 1877, 1, p. 451 ; Cass. civ., 16 nov. 1910 : DP 1912, 1, p. 49 ; Cass. req., 29 janv. 1923 : DP 1923, 1, p. 176.

⁶ CA Douai, 15 mars 1886 : DP 1888, 2, p. 37.

⁷ CA Lyon, 12 avr. 1892 : DP 1893, 2, p. 324.

⁸ CA Orléans, 26 juin 1885 : DP 1886, 2, p. 135 ; CA Toulouse, 13 juin 1901 : DP 1902, 2, p. 16 ; CA Nîmes, 4 mars 1908 : DP 1908, 2,

du consentement de l'acceptant. À partir de 1932, la Cour de cassation se prononça sur la date et le lieu de conclusion en rendant des arrêts contradictoires jusque dans les années 1960¹. Puis, elle situa la conclusion à la date de réception dans un arrêt du 7 janvier 1981², avant d'affirmer dans un arrêt du 16 juin 2011³, au visa de l'article L412-8 du Code rural régissant le droit de préemption, que le preneur disposait d'un délai de deux mois à peine de forclusion pour faire connaître au propriétaire vendeur, son refus ou son acceptation de l'offre. Enfin, dans un arrêt du 17 septembre 2014⁴, la Cour de cassation considéra que la date de conclusion était fixée à la notification de l'acceptation.

En somme, les solutions pour les déterminations du lieu et de la date de conclusion existant avant l'ordonnance de 2016 étaient très hétérogènes. Pourtant, pour les offres et acceptations antérieures à l'ordonnance de 2016, nous distinguons la détermination de la date de conclusion et celle de son lieu.

2. Les solutions proposées sur la date et le lieu de conclusion avant la réforme de 2016

362. La datation de la conclusion. Les règles de détermination de la date de conclusion se déduisent de la nature juridique de l'acceptation créée avant le 1^{er} octobre 2016. Selon nous l'offre et l'acceptation étaient des manifestations de volontés complètes de produire un effet de conclusion, donc des actes juridiques unilatéraux avec pour effet essentiel, cet effet de conclusion. Ainsi, en l'absence de texte régissant la question de la date de conclusion, lorsqu'une volonté de contracter identique à celle de l'offre était manifestée après cette dernière, cette volonté de produire un effet de conclusion le produisait immédiatement, donc la conclusion était datée au jour de la manifestation de cette volonté.

Exceptionnellement, la date de conclusion était postérieure à la manifestation de volonté identique à l'offre de la part de l'acceptant, lorsque l'offrant ou l'acceptant suspendaient l'effet de conclusion de leur consentement jusqu'à la survenance, certaine ou incertaine, d'un

p. 248 ; CA Aix, 23 nov. 2008 : S. 1910, 2, 6.

¹ Cass. req., 21 mars 1932 : DP 1933, 1, p. 65, note E. Sallé de La Marnière ; S. 1932, 1, p. 278 ; Gaz. Pal. 1932, 1, jurispr., p. 910 ; *GAJ civ.*, t. 2, Dalloz, 2015, n° 143-144 ; Cass. soc., 2 juill. 1954 : Bull. civ. IV, n° 485 ; Cass. soc., 20 juill. 1954 : JCP G 1955, II, n° 8775, note A. Rabut ; Cass. soc., 21 juin 1956 : Bull. civ. IV, n° 579 ; Cass. com., 7 janv. 1959, n° 57-10.604 : Bull. civ. III, n° 10 ; Cass. 1^{er} civ., 21 déc. 1960 : Bull. civ. n° 558 ; D. 1961, p. 417, note P. Malaurie ; Cass. soc., 4 mai 1961 : Bull. civ. IV, n° 459 ; Cass. soc., 9 mai 1962, n° 61-40.118 : Bull. civ. IV, n° 420 ; Cass. soc., 5 juin 1962 : Bull. civ. IV, n° 537 ; Cass. soc., 3 mars 1965, n° 62-40.026 : Bull. civ. IV n° 184 ; D. 1965, jurispr., p. 492.

² Cass. com., 7 janv. 1981, n° 79-13.499 : Bull. civ. III, n° 14 ; RTD civ. 1981, p. 849, obs. F. Chabas ; *GAJ civ.*, t. 2, Dalloz, 2015, n° 143-144.

³ Cass. 3^e civ., 16 juin 2011, n° 09-72.679 : Bull. civ. III n° 103 ; D. 2011, p. 2260, note N. Dissaux ; D. 2012, p. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; JCP G 2011, 1016, n° 39, note Y.-M. Serinet.

⁴ Cass. 3^e civ., 17 sept. 2014, n° 13-21.824 : Bull. civ. III n° 108 ; D. 2015, p. 529, note. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; Contrats, conc. consom. 2014, n° 265, note L. Leveneur ; RTD civ. 2014, p. 879, obs. H. Barbier.

événement, par les techniques de la condition ou du terme suspensifs.

363. La localisation de la conclusion. Avant 2016, en l'absence de texte déterminant le lieu de conclusion et en raison de l'existence de textes contenant des règles dépendant de la détermination du lieu de conclusion, il fallait distinguer deux hypothèses.

Dans la première hypothèse, les volontés de l'offrant et de l'acceptant étaient extériorisées dans le même périmètre défini par la loi, donc il n'y avait pas de difficulté.

Dans la seconde hypothèse, les volontés de l'offrant et de l'acceptation étaient manifestées dans deux périmètres différents au sens d'une des règles dépendant de la localisation de la conclusion. Or, la formation du contrat résultant de la production de leur effet de conclusion, elle était une abstraction et ne devait pas être rattachée au lieu de l'offre plus qu'à celui de l'acceptation, ou au second plus qu'au premier. Dès lors, le juge pouvait pour l'application des règles dépendant de la localisation du consentement choisir le lieu de manifestation de l'un des consentements.

Ainsi, avant l'ordonnance du 10 février 2016, la détermination de la date et du lieu de conclusion était très incertaine ; c'est pourquoi, ce texte a réglé ces problèmes.

B. La règle déterminant la date et le lieu de conclusion avec la réforme de 2016

364. L'ordonnance du 10 février 2016 a créé l'article 1121 du Code civil qui a consacré le système de la réception¹ : le contrat est conclu à la date (1) et réputé l'être au lieu (2) de réception de l'acceptation par l'offrant.

1. La datation de la conclusion à la réception de l'acceptation par l'offrant

365. Le principe. L'ordonnance du 10 février 2016 a situé à l'article 1121 la date de conclusion au moment de la réception de l'acceptation par l'offrant.

D'abord, au plan politique, cette datation n'est pas opportune.

Primo, elle n'est pas la plus conforme au libéralisme. De fait, celui-ci exige un principe permettant une conclusion facile et rapide des contrats dans une perspective d'efficacité

¹ P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, n° 23 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 26 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 207 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 43 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 241 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 69 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 85 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-121 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 158 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 226 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Contrat : formation, janv. 2019, n° 51 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 118 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1057 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 291 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 80 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 145 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 452 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 287 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 57 ; L. Andreu et N. Thomassin,

économique, mais permet sur le fondement de la liberté individuelle de déroger à ce principe et de fixer la date de conclusion. Or, le fait de fixer la conclusion au moment de la réception retarde cette conclusion jusqu'à un moment postérieur à la manifestation de volonté de l'acceptant, ce qui n'est pas la meilleure solution à une époque de communication rapide.

Secundo, ce système de la réception serait source de sécurité, notamment en évitant que le contrat ne soit conclu sans que l'offrant ne le sache¹. En réalité, il est source d'insécurité, car il crée un laps de temps entre la manifestation de volonté de l'acceptant et la conclusion, durant lequel l'offre comme l'acceptation peuvent être anéanties, soit par révocation, soit par caducité notamment en raison du décès, de la dissolution ou de l'incapacité de l'offrant ou de l'acceptant. Surtout, ce système ne garantit pas la connaissance de l'acceptation par l'offrant.

Ensuite, au plan technique, cette exigence de réception de l'acceptation pour la formation du contrat ne s'imposait pas, parce que l'acceptation est un acte juridique unilatéral avec pour effet essentiel un effet de conclusion, qui peut se produire dès la manifestation de volonté de l'acceptant. C'est pourquoi, l'article 1121 ne subordonne pas l'existence de l'acceptation à sa réception, mais suspend, par une condition, l'effet de conclusion.

En outre, divers arguments techniques ont été avancés au soutien de la datation de la conclusion à la réception de l'acceptation.

Primo, la doctrine a relevé que le choix de la date de la réception exclut l'exigence de prise de connaissance de l'acceptation par l'offrant, qui est difficile à prouver². Néanmoins, la preuve de la réception peut être difficile : la réception postale de l'acceptation peut être difficile à établir, même en cas de courrier recommandé, tout comme la réception d'un courriel. C'est pourquoi le meilleur choix au plan probatoire était celui de la date d'émission, dont la preuve peut être constituée par l'acceptant, sans dépendre d'autrui.

Secundo, selon des auteurs, dater la conclusion à la réception de l'acceptation serait cohérent, car les mains des cocontractants se toucheraient symboliquement lorsque l'acceptation est reçue³. Toutefois, la conclusion résulte de la production par les consentements de leur effet de conclusion, qui est une abstraction n'exigeant pas techniquement une rencontre physique, ce

Cours de droit des obligations, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 214.

¹ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1057.

² N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 26 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 244 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 69 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 158 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 226.

³ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 241.

qui devait conduire à retenir la date d'émission.

Tertio, selon des auteurs ce système permet à l'acceptant de disposer d'un temps durant lequel celui-ci peut révoquer son acceptation, tout comme l'offrant peut le faire pour son offre¹. Cependant, la possibilité de la révoquer ne peut l'emporter sur les autres arguments en faveur de la date de l'émission.

Enfin, des auteurs considèrent que ce choix de la réception comme date de conclusion s'articulerait mal avec le cas d'une acceptation tacite résultant de l'exécution du contrat par exemple avec l'expédition des marchandises². Ainsi, avec ce choix de la réception comme date de conclusion, l'offrant pourrait révoquer son offre jusqu'à la réception des marchandises. Néanmoins, l'exécution du contrat par expédition des marchandises n'est pas une manifestation de volonté de contracter de la part de l'acceptant. En effet, elle n'est qu'un fait à partir duquel l'acceptation est présumée. Dès lors, la conclusion est fixée dans ce cas à la date d'expédition des marchandises, la date de leur réception n'étant pas la date de réception de l'acceptation. En conséquence, il n'y a aucune place pour une révocation de l'offre ici jusqu'à la réception des marchandises, le contrat étant conclu dès leur expédition. En somme, cet article ne s'applique pas en cas d'acceptation tacite, car il n'y a alors pas de manifestation de volonté de contracter puis d'envoi et de réception de celle-ci, si bien que la conclusion ne peut qu'être située à la date du fait permettant de présumer l'acceptation.

366. La dérogation. La possibilité de déroger à la fixation de la date de conclusion à la réception de l'acceptation est envisagée diversement par la doctrine.

Premièrement, des auteurs évoquent la possibilité pour la volonté de l'offrant seul de déroger à l'article 1121³, car ce texte est supplétif⁴, et la liberté contractuelle permet d'y déroger⁵. En particulier, la possibilité pour l'offrant de situer la conclusion au moment de l'émission de l'acceptation serait contraire à la volonté légale de protéger l'acceptant, pour certains⁶, mais non pour d'autres¹. Or, le rapport sur l'ordonnance du 10 février 2016 affirme que les règles de celle-ci sont en principe supplétives de volonté. Parallèlement, la liberté contractuelle permet de manifester une volonté de contracter en déterminant librement son effet de

¹ C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 243.

² F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 226 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code*, Art. 1113-1122, *Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 118.

³ C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 243.

⁴ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 244 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations*, *Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 85 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 291.

⁵ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 214.

⁶ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 159.

conclusion. Dès lors, l'offre peut déterminer la date de production de son effet de conclusion et l'acceptation peut aussi le faire même si l'offrant ne l'a pas fait. Si l'offre et l'acceptation ont prévu des dates de production de leur effet de conclusion différentes, il y a lieu de considérer que leur effet de production sera produit à la deuxième date, puisque jusqu'à la survenance de la première date, l'effet de conclusion de l'un des consentements est suspendu, alors que l'effet de l'autre consentement n'est plus suspendu dès la deuxième date.

Deuxièmement, la doctrine considère que l'offrant peut déroger à l'article 1121 en dispensant le destinataire de l'offre de l'aviser de son acceptation, par exemple en demandant une expédition immédiate de la marchandise². Toutefois, le fait de demander une exécution immédiate du contrat ne peut être saisi comme une dérogation à l'article 1121, qui ne peut se faire que par la manifestation de volonté de conclure le contrat en déterminant une date.

Troisièmement, des auteurs envisagent de manière générale de déroger par voie conventionnelle à cette datation légale de la conclusion³. Cependant, le contrat qu'il s'agit de conclure ne peut avoir pour effet de déroger à cet article à proprement parler, car il ne peut avoir pour effet de fixer sa date de conclusion une fois conclu.

Quatrièmement, des auteurs considèrent qu'il est possible d'aménager la règle de l'article 1121 par un contrat cadre⁴, ou un contrat préparatoire¹. Or, le contrat cadre contient une promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement complet, qui crée une obligation de notification d'un tel consentement, à exécution successive. Dès lors, cette obligation peut prévoir que le consentement du débiteur de cette obligation devra être notifié en fixant comme date de production de son effet conclusion une date déterminée.

L'article 1121 du Code civil fixe donc la date de conclusion à la réception de l'acceptation ; il répute aussi le lieu de conclusion à celui de réception de l'acceptation.

2. La localisation de la conclusion à la réception de l'acceptation par l'offrant

367. Le principe. L'ordonnance du 10 février 2016 a situé le lieu de conclusion à celui de la réception de l'acceptation par l'offrant. Or, cet aspect de l'article 1121 est peu étudié. Pourtant, cet article affirme que le contrat est « réputé » être conclu au lieu de réception de

¹ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 121.

² F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 226.

³ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 226 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 243 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 214.

⁴ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 226 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 121.

l'acceptation, ce qui montre que le choix d'un lieu de conclusion n'est pas aisé.

D'abord, ce lieu de réception par l'offrant de l'acceptation pose des problèmes dans les contrats de plus de deux parties : la première acceptation est reçue par l'offrant et par le deuxième acceptant potentiel, qui peuvent se trouver dans les lieux différents, alors que la deuxième acceptation est reçue par l'offrant et par le premier acceptant, qui peuvent aussi se situer dans des lieux différents. En conséquence, pour ces contrats avec plus de deux parties, il peut exister des lieux différents de réception de l'acceptation, mais il semble logique alors de retenir celui de réception de l'acceptation par l'offrant.

Ensuite, nous pensons que le contrat est conclu par la production de leur effet de conclusion par les consentements, donc cette conclusion est une abstraction dont la localisation, certes peut se concevoir si les consentements ont été manifestés dans un même lieu, mais ne peut se réaliser si les consentements l'ont été dans des lieux différents, car la production de ces effets de conclusion n'est pas géographiquement situable.

Enfin, la confrontation de cet article 1121 avec les règles exigeant une localisation du consentement montre que celui-ci n'a pas d'intérêt majeur. D'une part, les règles communautaires de détermination de la loi applicable au contrat ne font pas appel au lieu de sa conclusion. D'autre part, en droit interne, seul l'article 1412-1 du Code du travail fait appel à la localisation de la conclusion : il affirme que le salarié peut notamment saisir le conseil de prud'hommes du lieu où l'engagement a été contracté. Cependant, la jurisprudence en la matière retient le lieu de manifestation du consentement du salarié et il n'est pas possible d'appliquer l'article 1121 et de retenir le lieu de réception de l'acceptation du salarié par l'employeur puisque cet article du Code du travail est une règle spéciale.

368. La dérogation. La possibilité d'écarter la règle de localisation de la conclusion à la réception de l'acceptation est problématique. Premièrement, si dans un cas la datation de la conclusion à la réception n'est pas écartée par la volonté des parties, se pose la question de savoir si sa localisation au lieu de cette réception peut être écartée seule. Deuxièmement, si dans une hypothèse, la datation de la conclusion à la réception est écartée par la volonté des parties, se pose la question de savoir si sa localisation au lieu de cette réception est aussi écartée. Or, l'article 1121 n'est pas d'ordre public, mais est supplétif de volonté. Aussi, cette localisation pourrait être fixée librement à s'en tenir à cet article, mais cela n'a aucun intérêt

¹ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 244.

si une règle juridique dépendant de cette localisation ne s'applique pas. Pratiquement, seul l'article 1421-1 du Code du travail fait appel à la localisation de la conclusion, mais la jurisprudence retient le lieu de manifestation du consentement du salarié, donc il ne semble pas entrer dans le champ de l'article 1121 et de la possibilité d'y déroger.

369. Conclusion sur l'acceptation. Comme l'offre, l'acceptation est un consentement complet constituant un acte juridique unilatéral avec pour effet essentiel, toujours contenu dans celle-ci, un effet de conclusion, et pour effet accessoire pouvant être insérée dans celle-ci, une obligation de ne pas l'anéantir. Ainsi, cette nature permet de bien saisir les conditions d'existence de l'acceptation, qui est une manifestation de volonté de produire un effet de conclusion, complète et postérieure à une volonté identique constituant une offre, mais aussi de mieux comprendre le silence, qui est le contraire de l'acceptation et ne vaut jamais acceptation. En effet, le régime de l'acceptation ne contenant que son effet de conclusion sans obligation de non-anéantissement, qui est le cas le plus fréquent, régi par les articles 1118 et suivants, est marqué par la liberté et une certaine précarité pour les questions de la révocation et de la caducité. Inversement, le régime de l'acceptation contenant une obligation de ne pas l'anéantir, qui est rare, est marqué par la sécurité et une réelle solidité.

En définitive, l'offre et l'acceptation ont la même nature juridique et le même contenu, donc leurs régimes convergent sur de nombreux points mais comportent aussi des divergences inhérentes à l'antériorité de la première par rapport à la seconde : elles sont généralement marquées par une forte liberté, au contraire des promesses de contrat.

Troisième partie. Les promesses de contrat

370. Depuis quatre siècles, les promesses de contrat et le pacte de préférence ont fait l'objet de très nombreuses décisions jurisprudentielles et études dans les sources du droit en français. Dans l'Ancien Droit ils étaient connus et certains de leurs aspects étaient particulièrement débattus. Ainsi, le Code civil de 1804 consacra le seul article 1589 aux promesses de contrat, donc c'est la jurisprudence et la doctrine, avec une quarantaine de thèses, qui durent élaborer le régime des promesses de contrat pendant deux siècles. Cependant à la veille de l'ordonnance du 10 février 2016, l'état du droit sur les promesses de contrat et le pacte de préférence n'était pas reconnu comme satisfaisant, en particulier sur les thèmes de la révocation de la promesse unilatérale et de l'inexécution du pacte de préférence. C'est pourquoi cette réforme a consacré au pacte de préférence et à la promesse unilatérale les articles 1123 et 1124 du Code civil, dans une sous-section 3 de la section dédiée à la phase de conclusion du contrat. Or, nous pensons qu'il n'existe pas seulement deux promesses de contrats, avec une version unilatérale de l'article 1124 du Code civil et une version synallagmatique connue en jurisprudence par exception à l'assimilation avec le contrat promis, mais quatre promesses de contrat. En effet, deux promesses de contrat sont relatives à des consentements futurs, qu'elles obligent à notifier : elles étaient déjà connues dans l'Ancien Droit. Leur version unilatérale crée une obligation de notifier un consentement futur à la charge d'une partie et n'est plus le contrat qualifié de promesse unilatérale de contrat depuis 1945. Leur version synallagmatique crée des obligations de notifier un consentement futur à la charge de toutes les parties : elle est connue en jurisprudence par exception à l'assimilation avec le contrat promis. Parallèlement, deux promesses de contrat contiennent des consentements au contrat promis présents en elles, qu'elles obligent à ne pas anéantir. Leur version unilatérale de l'article 1124 contient le consentement du promettant au contrat promis et apparut avec l'idée d'avant-contrat de Demolombe de 1868. Leur version synallagmatique n'a guère été conceptualisée et contient les consentements de toutes les parties au contrat promis. Ainsi, la promesse unilatérale de contrat de l'article 1124 n'est pas la forme unilatérale de la promesse synallagmatique de contrat connue en jurisprudence par exception à l'assimilation au contrat, qui n'est pas la forme synallagmatique de la promesse

unilatérale de l'article 1124. De plus, le pacte de préférence est une promesse de contrat, unilatérale ou synallagmatique, projetant un consentement, à laquelle est ajoutée une obligation de non-notification de consentement à un tiers. Dès lors, l'existence de ces quatre promesses de contrat ne peut être comprise qu'avec l'étude précise de l'Histoire et du contenu des définitions (**Titre I**) et permet de perfectionner le régime de ces promesses (**Titre II**). À ce titre, les sources actuelles englobent la promesse unilatérale de l'article 1124, la promesse synallagmatique de contrat et le pacte de préférence le plus souvent dans la catégorie des avant-contrats¹, parfois dans celle des contrats préparatoires², et plus rarement dans d'autres catégories que sont les contrats préliminaires, temporaires ou provisoires. Néanmoins, toutes ces catégories sont floues et intègrent pour une partie de la doctrine les contrats des pourparlers ou négociations, donc il est préférable de ne pas les utiliser.

Titre I. La définition des promesses de contrat

371. Il faut étudier les définitions existantes des promesses de contrat (**Chapitre I**), pour comprendre l'existence de quatre promesses de contrat, deux étant relatives à un consentement présent, deux étant relatives à un consentement futur (**Chapitre II**).

Chapitre I. Les définitions existantes des promesses de contrat

372. Pour comprendre l'existence de quatre promesses de contrat, regroupées deux à deux, il faut étudier l'évolution historique (**Section I**), avant d'analyser le contenu (**Section II**) des définitions des promesses de contrat.

Section I. L'Histoire des définitions des promesses de contrat

¹ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 254 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Pacte de préférence*, 2019, n° 3 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 49 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 90 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 253 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 216 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1092 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 281 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 387 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 194 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 244 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 160 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 57 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 219.

² P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 90 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 253 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1092 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 1 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 281 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 387 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 244 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 160.

373. L'Histoire des promesses de contrat dans les écrits en français n'a jamais été étudiée exhaustivement. Pourtant, elle est absolument fondamentale afin de comprendre notre idée selon laquelle il existe quatre promesses de contrat. En effet, les promesses de contrat de l'Ancien Droit étaient relatives à un consentement futur, qu'elles obligeaient à notifier : elles étaient unilatérales ou synallagmatiques, même si généralement les auteurs ne distinguaient pas ces deux versions. Or, les travaux préparatoires de l'article 1589 du Code civil de 1804 reprirent clairement la conception des promesses de contrat connue de l'Ancien Droit, comme des promesses créant une ou plusieurs obligations relatives à un consentement futur. Après 1804, la promesse unilatérale de contrat et la promesse synallagmatique de contrat furent distinguées et connurent des évolutions très différentes. D'une part, la promesse unilatérale de contrat connut des définitions assez diverses après 1804 et surtout une évolution fondamentale à compter de la proposition d'avant-contrat de Demolombe en 1868 : elle continua d'être rattachée à un consentement futur du promettant par des sources de moins en moins et elle fut de plus en plus rattachée à un consentement présent du promettant qu'elle obligeait à ne pas anéantir. D'autre part, la promesse synallagmatique de contrat fut longtemps assimilée au contrat promis sur le fondement de l'article 1589, mais progressivement le principe de cette assimilation laissa une place à une exception qui est la promesse synallagmatique de contrat de l'Ancien Droit, relative à des consentements futurs. C'est pourquoi la promesse unilatérale de contrat de l'article 1124 du Code civil, qui contient un consentement, n'est pas la forme unilatérale de la promesse synallagmatique de contrat existant en jurisprudence par exception à l'assimilation au contrat promis. Pourtant, la promesse unilatérale de contrat relative à un consentement futur persiste dans notre droit positif avec le pacte de préférence et le contrat cadre, lesquels peuvent aussi être des promesses synallagmatiques de contrat relatives à des consentements futurs. Pour démontrer cela, il faut étudier chronologiquement les définitions des promesses de contrat jusqu'au Code civil de 1804 (I) et celles postérieures à 1804 (II).

I. La définition des promesses de contrat jusqu'au Code civil de 1804

374. Les promesses de contrat concernaient des consentements futurs dans l'Ancien Droit (A) et les travaux préparatoires de l'article 1589 du Code civil reprirent cette conception des promesses (B).

A. Les promesses de contrat dans l'Ancien Droit

375. Les écrits de l'Ancien Droit n'étudiaient pas les promesses de contrat en en faisant une théorie générale : ils étudiaient le plus souvent la promesse de vente, rarement la

promesse de bail et très marginalement les autres promesses de contrat. Or, la conception des promesses de vente de l'Ancien Droit remonte au XVI^e siècle, durant lequel deux auteurs de l'École du droit coutumier réalisèrent des apports importants pour la théorie des promesses de vente. En effet, selon des coutumes, tout acheteur d'une censive, c'est-à-dire d'une terre censale car concédée par un seigneur censier, devait à ce dernier un droit de lods et ventes. Parallèlement, il existait divers mécanismes de retrait dans des ventes. Dès lors, il fallut déterminer si la promesse de vente était soumise à cet impôt et au retrait.

D'abord, d'Argentré affirma que le droit de lods n'était pas dû pour la promesse de vendre, laquelle n'était pas non plus concernée par les retraits, parce qu'une chose était de vendre et une autre chose était de promettre de vendre¹. Ainsi, cette distinction de la vente et de la promesse de vente se situait sur le plan abstrait de la définition des contrats spéciaux.

Ensuite, Dumoulin posa une distinction fondamentale de deux promesses de vente sur le plan concret des contrats conclus et qualifiés par leurs parties de promesse de vendre². *Primo*, le contrat qualifié par ses parties de promesse de vendre n'était pas soumis aux lods et ventes ou au retrait, lorsqu'il contenait seulement une promesse de vente, créant une obligation de

¹ d'Argentré, *De Laudimiis*, cap. 14, 1605 ; H. Basnage de Franquesnay, *Coutume de Normandie*, t. 2, 1681, p. 331 ; M. Sauvageau, *Coutumes de Bretagne*, 1737, *obs. sur d'Argentré*, p. 36 ; B.-J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738, p. 333 et 334 ; L. Ventre, *Collection de jurisprudence sur les matières féodales et les droits seigneuriaux*, 1773, p. 99 ; G.-M. Chabrol, *Coutumes générales et locales de la province d'Auvergne*, t. 2, 1784, p. 552 ; J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 10, 1785, p. 603 ; *Encyclopédie méthodique, Jurisprudence*, t. 5, 1785, p. 543 ; M. Aubepin, *Sur la nature des ventes, échanges et promesses de vente jusqu'au temps de Pothier*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1859, p. 419 et s. ; R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, n° 12 ; M. Benoist, *Des constructions élevées par un preneur avec promesse de vente*, th. Paris, 1911, p. 8 ; R. Levrier, *Contribution à l'étude des promesses de vente*, th. Bordeaux, 1920, p. 15 ; L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats*, RTD civ. 1949, p. 1, n° 11.

² C. Dumoulin, *Commentarii in consuetudines Parisienses*, 1539 ; J. Brodeau, *La coutume de Paris*, t. 1, 2^e éd., 1669, p. 594 ; N. Chorier, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape*, 1692, p. 238 ; L. Le Grand, *Coutume de Troyes*, 3^e éd., 1715, p. 294 et s. ; C. Pocquet de Livonnière, *Coutumes d'Anjou*, t. 1, 1725, p. 26 ; J. Boucheul, *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Poitou*, t. 1, 1727, p. 682 ; B.-J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738, p. 333 et s. ; A. Lapeyrère, *Décisions sommaires du Palais*, 1749, p. 524 ; L. Ventre, *Collection de jurisprudence sur les matières féodales et les droits seigneuriaux*, 1773, p. 99 ; D. Le Brun, *Traité des successions*, 1775, p. 30 ; V. Mignot, *Traité de la représentation et du privilège du double lien*, 1777, p. 61 ; B.-L. Le Camus d'Houlouve, *Coutumes du Boulonnais*, t. 2, 1777, p. 266 et s. ; B.-L. Molières-Fonmaur, *Traité des droits de quint, lods et ventes*, t. 1, 1778, p. 193 et s. ; M. Auroux des Pommiers, *Coutumes générales et locales du pays et duché du Bourbonnais*, vol. 2, 1780, p. 213 ; G. Bosquet, *Dictionnaire raisonné des domaines et droits domaniaux*, t. 3, 1783, p. 550 et s. ; G.-M. Chabrol, *Coutumes générales et locales de la province d'Auvergne*, t. 2, 1784, p. 552 ; J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 10, 1785, p. 603 ; P. Lucas-Championnière, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques*, t. 3, 1839, 2^e éd., n° 1757 ; R.-T. Troplong, *De la vente*, 1844, p. 67 ; J.-H. Vachon, *De la promesse de vendre et des arrhes*, th. Paris, 1851, p. 33 ; A. Motais, *Des promesses de contracter et spécialement des promesses de vente*, th. Rennes, 1857, p. 71 et 76 ; M. Aubepin, *Sur la nature des ventes, échanges et promesses de vente jusqu'au temps de Pothier*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1859, p. 419 et s. ; D. Firmin, *Des promesses de vente en droit romain et en droit français*, th. Dijon, 1866, p. 63 ; L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 48 ; L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 118 et s. ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 14 ; R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, n° 11 ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 13 ; M. Benoist, *Des constructions élevées par un preneur avec promesse de vente*, th. Paris, 1911, p. 8 ; R. Levrier, *Contribution à l'étude des promesses de vente*, th. Bordeaux, 1920, p. 12 et s. ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 21 ; J.-C. Levret, *Les promesses de contrat au point de vue fiscal*, th. Paris, 1937, p. 22 ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 44 et s. ; L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats*, RTD civ. 1949, p. 1, n° 11 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 145 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 84 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2,

passer une vente à l'avenir : il était une promesse de vente *de futuro*. *Secundo*, le contrat qualifié par ses parties de promesse de vendre était soumis à cet impôt de lods et ventes et au retrait, lorsqu'il contenait une vente présente, laquelle était souvent accompagnée d'une promesse de vente écrite, autrement dit de passer la vente avec une forme déterminée : il était une promesse de vente *de praesenti*. En effet, le fait que la promesse de vendre ne fût pas une vente cessait pour Dumoulin quand toute la substance de la vente était présente, c'est-à-dire en présence d'une rencontre des consentements des parties sur la chose et sur le prix.

À la même époque, les promesses de vente figuraient dans les écrits sur la preuve selon l'ordonnance de Moulins, de Boiceau, commentés au siècle suivant par Danty, qui sont souvent cités pour assimiler vente et promesse de vente sur le fondement de l'article 1589, mais qui sont flous et non influencés par les écrits de d'Argentré et Dumoulin¹.

Par la suite, aux XVII^e et XVIII^e siècles, ces deux appréhensions des promesses de vente par d'Argentré et Dumoulin furent reprises par la doctrine et la jurisprudence pour saisir les promesses de contrat (1) et déterminer le régime de ces dernières (2).

1. La définition des promesses de contrat dans l'Ancien Droit

376. L'appréhension abstraite à la suite de d'Argentré. Aux XVII^e et XVIII^e siècles, des auteurs se contentaient d'appréhender la promesse de vente et la promesse de bail sur le plan abstrait de la définition des contrats spéciaux à la suite de d'Argentré.

Le plus souvent ces auteurs se contentaient de reprendre l'idée de d'Argentré selon laquelle vente et promesse de vendre étaient différentes, sans distinguer les versions unilatérale et synallagmatique de cette promesse. Ainsi, ils donnaient une définition négative de la promesse de vendre, souvent appelée la simple promesse de vendre, comme un contrat différent la vente parfaite, exécutée, emportant transfert de propriété². En particulier, un

1985, n° 200 et p. 446 et s.

¹ N. Danty, *Traité de la preuve par témoins en matière civile, contenant le commentaire de Me Jean Boiceau sur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins en latin et en français*, 1697, p. 587 et s.

² P. Le Proust, *Commentaires sur les coutumes du pays de Loudunois*, 1612, p. 300 ; L. Le Caron, *La coutume de la ville, prévôté et vicomté de Paris ou droit civil parisien*, 1613, p. 108 ; J. Brodeau, *La coutume de Paris*, t. 1, 2^e éd., 1669, p. 594 ; H. Basnage de Franquesnay, *Coutume de Normandie*, t. 2, 1681, p. 331 ; C. Duplessis, *Traité sur la coutume de Paris*, 1699, p. 143 ; P. de Merville, *La coutume de Normandie*, 1707, p. 202 ; C. Pocquet de Livonnière, *Coutumes d'Anjou*, t. 1, 1725, p. 26 ; J. Savary des Bruslons, *Dictionnaire universel de commerce*, 1726, p. 1475 ; F. Perrier, *Arrêts notables du Parlement de Dijon*, t. 1, 1735, p. 512 ; M. Sauvageau, *Coutumes de Bretagne*, 1737, obs. sur d'Argentré, p. 36 ; B. J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738, p. 333 et s. ; G. Argou, *Institution au droit français*, t. 2, 1739, p. 235 ; P. Viallanes, *Coutumes du haut et bas pays d'Auvergne*, t. 1, 1745, p. 233 ; A. Lapeyrère, *Décisions sommaires du Palais*, 1749, p. 524 ; A. Laplace, *Dictionnaire des fiefs et autres droits seigneuriaux utiles et honorifiques*, 1757, p. 523 ; M. Pesnelle, *Coutume de Normandie*, 1759, p. 456 ; L.-A. Sevenet, *Coutume du bailliage de Melun*, 1768, p. 110 ; P.-P.-N. Henrion de Pansey, *Traité des fiefs de Dumoulin, analysé et conféré avec les autres feudistes*, 1773, p. 196 ; L. Ventre, *Collection de jurisprudence sur les matières féodales et les droits seigneuriaux*, 1773, p. 99 ; A.-M. Poullain du Parc, *La coutume et la jurisprudence coutumière de Bretagne dans leur ordre naturel*, 1778, p. 33 ; É. Leroyer de La Tournerie, *Nouveau*

auteur affirmait que la promesse de vendre n'équivalait pas à la vente parce qu'il fallait que cette promesse fût accomplie par le consentement mutuel¹ ; donc ces consentements au contrat promis n'étaient pas présents lors de la formation cette promesse et étaient futurs. Parallèlement, les auteurs étudiant la promesse de bail sur le plan de la définition des contrats spéciaux se contentaient de la distinguer du bail sans la définir positivement².

Cependant, Pothier définit originalement la promesse de vente comme un contrat toujours unilatéral³. Or, avant 1804 la définition de la promesse de vendre de Pothier fut reprise par quelques auteurs se contentant d'opposer vente et promesse de vente sur le plan abstrait de la définition des contrats spéciaux⁴. Dès lors, cette définition était intéressante car si comme le disait Pothier seul le promettant était débiteur d'un fait⁵, à savoir faire, passer le contrat de vente⁶, cela signifiait qu'au moment de la conclusion de la promesse de vente, le consentement du promettant n'était pas présent mais était futur et objet de l'obligation. De plus, Pothier définit de la même manière unilatérale la promesse de bail⁷.

377. L'appréhension concrète à la suite de Dumoulin. Parmi les auteurs étudiant la promesse de vendre, la majorité étudiait les contrats qualifiés par leurs parties de promesse de vendre et distinguait comme Dumoulin parmi ces contrats : le contrat contenant une simple promesse de vendre et le contrat contenant une vente et souvent une promesse de passer cette vente par écrit.

Primo, ces auteurs affirmaient que le contrat qualifié par ses parties de promesse de vendre et contenant une promesse de vendre, souvent appelée la simple promesse de vendre, était différent de la vente⁸, parfois en citant l'arrêt L'Espine de 1618¹. Plus précisément, ces

commentaire portatif de la Coutume de Normandie, t. 2, 1778, p. 137 ; M. Frigot, *Coutume de Normandie*, t. 1, 1779, p. 188 ; M. Auroux des Pommiers, *Coutumes générales et locales du pays et duché du Bourbonnais*, vol. 2, 1780, p. 213 ; A. Riston, *Analyse des coutumes sous le ressort du Parlement de Lorraine*, 1782, p. 309 ; F. Hervé, *Théorie des matières féodales et censuelles*, partie 2, t. 3, 1785, p. 7 ; S. Mallebay de La Mothe, *Questions de droit, de jurisprudence et d'usage des provinces de droit écrit du ressort du Parlement de Paris*, 1787, p. 203 ; B. Pelée de Chenouveau, *Conférence de la coutume de Sens*, 1787, p. 29 ; J. Renauldon, *Dictionnaire des fiefs et des droits seigneuriaux utiles et honorifiques*, t. 2, 1788, p. 283 ; C.-G.-T. Garnier, *Traité du rachat des rentes foncières*, 1791, p. 84.

¹ B. Pelée de Chenouveau, *Conférence de la coutume de Sens*, 1787, p. 29 et 339.

² P.-J. Brillouin, *Jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, t. 1, 1727, p. 418 ; B. J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738, p. 333 et s. ; C.-J. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 2, 1769, p. 396 et s. ; J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 49, 1782, p. 132.

³ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1762, n° 476 ; R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1772, n° 476.

⁴ T.-J.-A. Cottureau, *Le droit général de la France et le droit particulier à la Touraine et au Loudunois*, t. 1, 1778, p. 262 ; J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 17, 1785, p. 484 ; *Encyclopédie méthodique, Jurisprudence*, t. 8, 1789, p. 202 et s. ; G.-V. Vasselin, *Cours élémentaire de droit civil*, Cahier 3, 1801, p. 39 ; P. Boucher, *Institutions commerciales*, 1801, p. 430.

⁵ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1762, n° 478 ; R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1772, n° 478.

⁶ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1762, n° 479 ; R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1772, n° 479.

⁷ R.-J. Pothier, *Traité du contrat de louage*, 1778, n° 390.

⁸ J. Boucheul, *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Poitou*, t. 1, 1727, p. 682 ; F.-I. Dunod de Charnage, *Traité des retraits*, 1733, p. 16 ; B. J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738, p. 332 et s. ; G. Davot, *Traité de*

auteurs ne se prononçaient généralement pas sur le caractère unilatéral ou réciproque de cette promesse et ne définissaient pas positivement le contenu de celle-ci. Cependant, certains précisait que l'exécution de cette promesse par le fait de réaliser la vente était renvoyée à un autre temps², car cette promesse créait une obligation de passer le contrat à la charge de toutes les parties ou d'une seule³. En particulier certains de ces auteurs affirmaient comme Pothier que la promesse de vendre créait une seule obligation de faire la vente, à la charge d'une partie sur demande de l'autre⁴. Ainsi, ces présentations des promesses unilatérales de vente suggéraient que ces dernières créaient une obligation de faire, dont l'objet était un consentement futur : à aucun moment il n'était affirmé que le consentement au contrat promis était présent lors de la formation de la promesse. Inversement, pour d'autres, la promesse de vendre était nécessairement réciproque, avec obligation de faire la vente à la charge des deux parties⁵. De plus, un auteur précisait que si le bénéficiaire différait d'acheter après que le promettant lui avait déclaré être prêt à passer vente, il était déchu de son droit⁶. Dès lors, puisque l'un devait notifier son consentement à l'autre afin que ce dernier notifiât le sien, ces promesses synallagmatiques concernaient des consentements futurs à notifier.

Secundo, ces auteurs constataient que le contrat qualifié de promesse de vendre par leurs parties contenait parfois le consentement des parties sur la chose et sur le prix.

Or, ils appelaient ces derniers l'essentiel⁷, la substance⁸, les caractères⁹, les circonstances¹, de

droit français à l'usage du duché de Bourgogne, t. 4, 1753, p. 54 ; J.-B.-L. Harcher, *Traité des fiefs sur la Coutume de Poitou*, t. 1, 1762, p. 97 ; J.-B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, t. 2, partie 2-2, 1768, p. 80 ; L.-A. Sevenet, *Coutume du bailliage de Melun*, 1768, p. 129 ; D. Le Brun, *Traité des successions*, 1775, t. 3, p. 30 ; L. Olivier de Saint-Vast, *Commentaire sur les coutumes du Maine et d'Anjou*, t. 1, 1777, p. 325 ; B.-L. Molières-Fonmaur, *Traité des droits de quint, lods et ventes*, t. 1, 1778, p. 193 et s. ; L. Callot, *Traité des retraits*, 1779, p. 38 ; M. Preudhomme, *Traité des droits appartenant aux seigneurs sur les biens possédés en roture*, 1781, p. 223 ; J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 49, 1782, p. 132 ; G.-M. Chabrol, *Coutumes générales et locales de la province d'Auvergne*, t. 2, 1784, p. 552 ; *Encyclopédie méthodique, Jurisprudence*, t. 5, 1785, p. 543 ; *Guide des notaires et des employés de l'enregistrement*, vol. 3, 1803, p. 118.

¹ N. Chorier, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape*, 1692, p. 238 ; P.-J. Brillouin, *Jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, t. 6, 1727, p. 839.

² B.-L. Molières-Fonmaur, *Traité des droits de quint, lods et ventes*, t. 1, 1778, p. 193 et s. ; J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 10, 1785, p. 603.

³ L. Le Grand, *Coutume de Troyes*, 3^e éd., 1715, p. 294 et s.

⁴ H. Lacombe de Prezel, *Dictionnaire portatif de jurisprudence et de pratique*, t. 3, 1763, p. 247 et s. ; L. Olivier de Saint-Vast, *Commentaire sur les coutumes du Maine et d'Anjou*, t. 1, 1777, p. 325 ; M. Preudhomme, *Traité des droits appartenant aux seigneurs sur les biens possédés en roture*, 1781, p. 223.

⁵ N. Chorier, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape*, 1692, p. 238 ; B.-L. Molières-Fonmaur, *Traité des droits de quint, lods et ventes*, t. 1, 1778, p. 193 et s.

⁶ N. Chorier, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape*, 1692, p. 238.

⁷ H. Cochin, *Recueil de ses mémoires et consultations*, t. 6, 1775, p. 81.

⁸ B. J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738, p. 332 et s. ; D. Le Brun, *Traité des successions*, 1775, t. 3, p. 30 ; G. du Rousseaud de la Combe, *Œuvres de M. Antoine Despeisses*, t. 1, 1778, p. 40 et s. ; L. Callot, *Traité des retraits*, 1779, p. 38 ; G.-M. Chabrol, *Coutumes générales et locales de la province d'Auvergne*, t. 2, 1784, p. 552 ; *Encyclopédie méthodique, Jurisprudence*, t. 5, 1785, p. 543.

⁹ B.-L. Le Camus d'Houlouve, *Coutumes du Boulonnais*, t. 2, 1777, p. 266 et s. ; G.-M. Chabrol, *Coutumes générales et locales de la province d'Auvergne*, t. 2, 1784, p. 552.

la vente, ou plus précisément les éléments essentiels ou conditions essentielles de la vente², les conditions et clauses nécessaires pour la formation de la vente³, les trois choses nécessaires à la perfection de la vente⁴. En conséquence, pour ces auteurs ce contrat était obligatoire⁵, était une vente⁶, valait vente⁷, équipollait à une vente⁸, portait vente présente⁹, avait le même effet qu'une vente¹⁰. Ainsi, certains de ces auteurs citaient un arrêt de février 1595, jugeant obligatoire une convention sous seing privé entre parties que ces dernières promettaient de passer devant notaires¹¹, et un arrêt du 21 mars 1631 affirmant qu'une promesse de vendre devait être exécutée en raison de l'accord sur le prix¹². Ponctuellement, des auteurs précisaient que la dénomination qu'il plaisait aux parties de donner à un acte n'en changeait pas la nature, que c'était par les clauses qu'il renfermait que l'on devait en juger¹³, et que le terme de promesse de vendre pouvait servir ici à déguiser la vente afin d'éviter le retrait ou les impôts de la vente¹⁴.

Parallèlement, ces auteurs étudiaient la promesse de contrat ajoutée à la vente dans ce contrat qualifié de promesse de vendre par les parties : ils affirmaient que ce contrat contenait une vente avec promesse ou obligation de passer le contrat¹⁵, à la charge de chacune de ces

¹ J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 49, 1782, p. 132.

² J.-B.-L. Harcher, *Traité des fiefs sur la Coutume de Poitou*, t. 1, 1762, p. 97 ; H. Cochin, *Recueil de ses mémoires et consultations*, t. 6, 1775, p. 160 ; B.-L. Molières-Fonmaur, *Traité des droits de quint, lods et ventes*, t. 1, 1778, p. 193 et s.

³ H. Lacombe de Prezel, *Dictionnaire portatif de jurisprudence et de pratique*, t. 3, 1763, p. 247 et s. ; J.-B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, t. 2, partie 2-2, 1768, p. 80 ; C.-J. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 2, 1769, p. 396 et s. ; G. Bosquet, *Dictionnaire raisonné des domaines et droits domaniaux*, t. 3, 1783, p. 550 et s. ; *Guide des notaires et des employés de l'enregistrement*, vol. 3, 1803, p. 118.

⁴ F. Bourjon, *Le droit commun de la France*, t. 1, 1770, p. 471 et s.

⁵ J. Boucheul, *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Poitou*, t. 1, 1727, p. 682 ; B. J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738, p. 332 et s. ; H. Cochin, *Recueil de ses mémoires et consultations*, t. 6, 1775, p. 160.

⁶ G. Davot, *Traité de droit français à l'usage du duché de Bourgogne*, t. 4, 1753, p. 54 ; H. Lacombe de Prezel, *Dictionnaire portatif de jurisprudence et de pratique*, t. 3, 1763, p. 247 et s. ; C.-J. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 2, 1769, p. 396 et s. ; H. Cochin, *Recueil de ses mémoires et consultations*, t. 6, 1775, p. 81 ; B.-L. Le Camus d'Houlouve, *Coutumes du Boulonnais*, t. 2, 1777, p. 266 et s. ; L. Olivier de Saint-Vast, *Commentaire sur les coutumes du Maine et d'Anjou*, t. 1, 1777, p. 325 ; B.-L. Molières-Fonmaur, *Traité des droits de quint, lods et ventes*, t. 1, 1778, p. 193 et s. ; D. Hoüard, *Dictionnaire de la Coutume de Normandie*, vol. 3, 1781, p. 687 ; G. Bosquet, *Dictionnaire raisonné des domaines et droits domaniaux*, t. 3, 1783, p. 550 et s. ; *Encyclopédie méthodique, Jurisprudence*, t. 5, 1785, p. 543 ; *Guide des notaires et des employés de l'enregistrement*, vol. 3, 1803, p. 118.

⁷ L.-A. Sevenet, *Coutume du bailliage de Melun*, 1768, p. 129 ; C.-J. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 2, 1769, p. 396 et s. ; F. Bourjon, *Le droit commun de la France*, t. 1, 1770, p. 471 et s. ; D. Le Brun, *Traité des successions*, 1775, p. 30.

⁸ G.-M. Chabrol, *Coutumes générales et locales de la province d'Auvergne*, t. 2, 1784, p. 552.

⁹ J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 49, 1782, p. 132.

¹⁰ J. Boucheul, *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Poitou*, t. 1, 1727, p. 682 ; H. Cochin, *Recueil de ses mémoires et consultations*, t. 6, 1775, p. 81.

¹¹ L. Le Grand, *Coutume de Troyes*, 3^e éd., 1715, p. 294 ; B. J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738, p. 333 et s.

¹² N. Chorier, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape*, 1692, p. 238 ; P.-J. Brillion, *Jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, t. 6, 1727, p. 839.

¹³ *Encyclopédie méthodique, Jurisprudence*, t. 5, 1785, p. 543.

¹⁴ B.-L. Molières-Fonmaur, *Traité des droits de quint, lods et ventes*, t. 1, 1778, p. 193 et s. ; L. Callot, *Traité des retraits*, 1779, p. 38.

¹⁵ H. Lacombe de Prezel, *Dictionnaire portatif de jurisprudence et de pratique*, t. 3, 1763, p. 247 et s. ; L. Olivier de Saint-Vast, *Commentaire sur les coutumes du Maine et d'Anjou*, t. 1, 1777, p. 325 ; B.-L. Molières-Fonmaur, *Traité des droits de quint, lods et ventes*, t. 1, 1778, p. 193 et s. ; L. Callot, *Traité des retraits*, 1779, p. 38 ; G. Bosquet, *Dictionnaire raisonné des domaines et droits domaniaux*, t. 3, 1783, p. 550 et s. ; *Guide des notaires et des employés de l'enregistrement*, vol. 3, 1803, p. 118.

parties¹, dans un temps fixé, ou à la première réquisition de l'une des parties². Plus précisément, des auteurs indiquaient qu'ici on vendait dès à présent, et que la promesse de passer contrat n'était que pour plus d'assurance³, pour servir de preuve, pour l'hypothèque et pour l'exécution parée⁴. D'ailleurs, pour eux, il existait une vente même sans contrat écrit passé en exécution de la promesse, au vu de l'arrêt Bassin contre Bienassis du 3 mars 1640⁵. Or, cette promesse de passer contrat par une forme était relative à un consentement futur parce que lors de son exécution les parties remanifestaient leurs consentements au contrat de vente avec la forme désirée.

Pour finir, un auteur étendait la distinction de Dumoulin à tous les contrats, en affirmant que lorsque les parties concluaient un contrat de vente, louage, transaction, ou tout autre contrat purement et simplement par acte sous seings privés, et à la fin de celui-ci ajoutaient qu'elles promettaient de le passer par écrit, ce contrat spécial était obligatoire⁶.

Au total, aux XVII^e et XVIII^e siècles, deux types d'appréhension des promesses de vente initiés par d'Argentré et Dumoulin furent repris par la doctrine et la jurisprudence pour saisir les promesses de contrat ; or ces deux types traversaient le régime de celles-ci avec l'application des impôts et du retrait, mais aussi les sanctions de leur inexécution.

2. Le régime des promesses de contrat dans l'Ancien Droit

378. Les impôts. Aux XVII^e et XVIII^e siècles, les écrits de d'Argentré et Dumoulin furent repris dans les écrits de droit fiscal.

D'abord, sur le plan abstrait de la définition des contrats spéciaux, certaines sources se contentaient d'appréhender la promesse de vendre comme un contrat différent de la vente, afin d'écarter l'application à la promesse de vente des impôts de lods et de vente⁷, du

¹ B.-L. Le Camus d'Houlouve, *Coutumes du Boulonnais*, t. 2, 1777, p. 266 et s.

² H. Cochin, *Recueil de ses mémoires et consultations*, t. 6, 1775, p. 160 ; G. Bosquet, *Dictionnaire raisonné des domaines et droits domaniaux*, t. 3, 1783, p. 550 et s.

³ B. J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738, p. 332 et s. ; G. Bosquet, *Dictionnaire raisonné des domaines et droits domaniaux*, t. 3, 1783, p. 550 et s. ; *Encyclopédie méthodique, Jurisprudence*, t. 5, 1785, p. 543.

⁴ C.-J. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 2, 1769, p. 396 et s. ; J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 49, 1782, p. 132.

⁵ N. Chorier, *La jurisprudence du célèbre conseiller et juriconsulte Guy Pape*, 1692, p. 238 ; P.-J. Brillonn, *Jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, t. 6, 1727, p. 839 ; H. Cochin, *Recueil de ses mémoires et consultations*, t. 6, 1775, p. 160 ; J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 49, 1782, p. 132.

⁶ L. Le Grand, *Coutume de Troyes*, 3^e éd., 1715, p. 294 et s.

⁷ J. Brodeau, *La coutume de Paris*, t. 1, 2^e éd., 1669, p. 594 ; C. Duplessis, *Traité sur la coutume de Paris*, 1699, p. 143 ; C. Pocquet de Livonnière, *Coutumes d'Anjou*, t. 1, 1725, p. 26 ; B. J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738, p. 333 et s. ; P. Viallanes, *Coutumes du haut et bas pays d'Auvergne*, t. 1, 1745, p. 233 ; A. Lapeyrère, *Décisions sommaires du Palais*, 1749, p. 524 ; A. Laplace, *Dictionnaire des fiefs et autres droits seigneuriaux utiles et honorifiques*, 1757, p. 523 ; L.-A. Sevenet, *Coutume du bailliage de Melun*, 1768, p. 110 ; P.-P.-N. Henrion de Pansey, *Traité des fiefs de Dumoulin, analysé et conféré avec les autres feudistes*, 1773, p. 196 ; L. Ventre, *Collection de jurisprudence sur les matières féodales et les droits seigneuriaux*, 1773, p. 99 ; A.-M. Poullain du Parc, *La coutume et la jurisprudence coutumière de Bretagne dans leur ordre naturel*, 1778, p. 33 ; M. Auroux des Pommiers, *Coutumes générales et locales du pays et duché du Bourbonnais*, vol. 2, 1780, p. 213 ; S. Mallebay de La Mothe, *Questions de droit, de*

treizième¹, du quint², des droits féodaux³, tous réservés à la vente.

Ensuite, sur le plan concret des contrats qualifiés par leurs parties de promesse de vendre, d'autres sources reprenaient la distinction de Dumoulin⁴. *Primo*, ces sources affirmaient que les impôts précités ne s'appliquaient qu'à la vente et non au contrat qualifié par ses parties de promesse de vendre et contenant seulement une promesse de vendre, appelée la simple promesse de vendre, laquelle était différente de la vente. *Secundo*, pour ces auteurs, devait être soumis aux impôts précités et réservés à la vente, le contrat qualifié par ses parties de promesse de vendre et contenant une vente avec un accord sur la chose et sur le prix.

379. Le retrait. Aux XVII^e et XVIII^e siècles, les idées de d'Argentré et Dumoulin furent reprises par des auteurs afin de déterminer le champ concret du retrait.

D'abord, sur le plan abstrait de la définition des contrats spéciaux, certains auteurs se contentaient de reprendre la distinction de la vente et de la promesse de vendre. En effet, ils rappelaient que le retrait était réservé à la vente et ne pouvait s'appliquer à la promesse de vendre, souvent qualifiée de simple promesse de vendre, qui n'était pas une vente⁵.

Ensuite, sur le plan concret des contrats qualifiés par les parties de promesse de vendre, d'autres auteurs reprenaient la distinction de Dumoulin¹. *Primo*, le contrat qualifié par ses parties de promesse de vendre et contenant une simple promesse de vendre n'était pas soumis au mécanisme du retrait, lequel ne s'appliquait qu'à la vente et non à la promesse de vendre qui était différente de la vente. *Secundo*, le retrait s'appliquait au contrat qualifié par ses parties de promesse de vendre et contenant une vente.

380. L'inexécution. De nombreux auteurs de l'Ancien Droit se prononcèrent sur la sanction de l'inexécution des promesses de vente.

jurisprudence et d'usage des provinces de droit écrit du ressort du Parlement de Paris, 1787, p. 203.

¹ P. de Merville, *La coutume de Normandie*, 1707, p. 202 ; M. Frigot, *Coutume de Normandie*, t. 1, 1779, p. 188.

² F. Hervé, *Théorie des matières féodales et censuelles*, Partie 2, t. 3, 1785, p. 7.

³ M. Sauvageau, *Coutumes de Bretagne*, 1737, obs. sur d'Argentré, p. 36 ; B. Pelée de Chenouveau, *Conférence de la coutume de Sens*, 1787, p. 29 ; J. Renaudon, *Dictionnaire des fiefs et des droits seigneuriaux utiles et honorifiques*, t. 2, 1788, p. 283 ; C.-G.-T. Garnier, *Traité du rachat des rentes foncières*, 1791, p. 84.

⁴ J.-B.-L. Harcher, *Traité des fiefs sur la Coutume de Poitou*, t. 1, 1762, p. 97 ; J.-B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, t. 2, partie 2-2, 1768, p. 80 ; D. Le Brun, *Traité des successions*, 1775, t. 3, p. 30 ; L. Olivier de Saint-Vast, *Commentaire sur les coutumes du Maine et d'Anjou*, t. 1, 1777, p. 325 ; B.-L. Molières-Fonmaur, *Traité des droits de quint, lods et ventes*, t. 1, 1778, p. 193 et s. ; M. Preudhomme, *Traité des droits appartenant aux seigneurs sur les biens possédés en roture*, 1781, p. 223 ; G.-M. Chabrol, *Coutumes générales et locales de la province d'Auvergne*, t. 2, 1784, p. 552 ; *Encyclopédie méthodique, Jurisprudence*, t. 5, 1785, p. 543 ; *Guide des notaires et des employés de l'enregistrement*, vol. 3, 1803, p. 118.

⁵ L. Le Caron, *La coutume de la ville, prévôté et vicomté de Paris ou droit civil parisien*, 1613, p. 108 ; P. Le Proust, *Commentaires sur les coutumes du pays de Loudunois*, 1612, p. 300 ; H. Basnage de Franquesnay, *Coutume de Normandie*, t. 2, 1681, p. 331 ; M. Pesnelle, *Coutume de Normandie*, 1759, p. 456 ; F. Perrier, *Arrêts notables du Parlement de Dijon*, t. 1, 1735, p. 512 ; É. Leroyer de La Tournerie, *Nouveau commentaire portatif de la Coutume de Normandie*, t. 2, 1778, p. 137.

D'abord, des auteurs minoritaires se contentaient d'étudier l'inexécution de la promesse de vendre en opposant cette dernière à la vente, sur le plan abstrait de la définition des contrats spéciaux, sans évoquer la distinction de Dumoulin. Parmi eux, quelques auteurs soutenaient que la simple promesse de vendre n'obligeait pas à passer la vente², et n'obligeait qu'à des dommages et intérêts, en cas d'inexécution³. Inversement, Pothier, qui définissait la promesse de vendre comme un contrat toujours unilatéral, développa divers aspects du régime de cette simple promesse de vendre dont son inexécution : pour lui, l'adage *nemo potest cogi praecise ad factum* imposait de sanctionner l'inexécution des obligations de faire par des dommages et intérêts, mais ne concernait que les faits extérieurs et corporels, ce que n'était pas la passation du contrat, dont l'absence pouvait être sanctionnée par un jugement ordonnant que faute par le débiteur de vouloir passer un contrat, de faire le contrat de vente, le jugement valait contrat⁴. Or, quelques auteurs reprenaient la définition de la promesse de vente de Pothier mais étaient partagés sur cette sanction⁵. Par ailleurs Pothier soutenait les mêmes idées pour la promesse de bail⁶. Mais d'autres auteurs ne considéraient pas que cette promesse de bail fût nécessairement unilatérale et invoquaient un arrêt du 3 décembre 1680 sanctionnant l'inexécution d'une promesse unilatérale de bail par une passation forcée ou des dommages et intérêts au choix du débiteur⁷, alors que pour d'autres seuls des dommages et intérêts pouvaient s'appliquer ici¹.

Ensuite, des auteurs majoritaires étudiaient l'exécution des promesses de vendre en reprenant la distinction de Dumoulin sur le plan concret des contrats conclus et qualifiés par leurs parties de promesse de vendre.

Dans un premier temps, ces auteurs étudiaient le contrat conclu et qualifié par ses parties de promesse de vendre, qui ne contenait qu'une promesse de vendre. Or, pour la majorité de ces

¹ F.-I. Dunod de Charnage, *Traité des retraits*, 1733, p. 16 ; G. Davot, *Traité de droit français à l'usage du duché de Bourgogne*, t. 4, 1753, p. 54 ; L.-A. Sevenet, *Coutume du bailliage de Melun*, 1768, p. 129 ; L. Callot, *Traité des retraits*, 1779, p. 38.

² B. Pelée de Chenouveau, *Conférence de la coutume de Sens*, 1787, p. 29 et 339.

³ H. Basnage de Franquesnay, *Coutume de Normandie*, t. 2, 1681, p. 331 ; J. Savary Des Bruslons, *Dictionnaire universel de commerce*, 1726, p. 1475 ; G. Argou, *Institution au droit français*, t. 2, 1739, p. 235 ; É. Leroyer de La Tournerie, *Nouveau commentaire portatif de la Coutume de Normandie*, t. 2, 1778, p. 137 ; A. Riston, *Analyse des coutumes sous le ressort du Parlement de Lorraine*, 1782, p. 309 ; B. Pelée de Chenouveau, *Conférence de la coutume de Sens*, 1787, p. 29.

⁴ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1762, n° 479 ; R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1772, n° 479.

⁵ T.-J.-A. Cottureau, *Le droit général de la France et le droit particulier à la Touraine et au Lodunois*, t. 1, 1778, p. 262 ; J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 17, 1785, p. 484 ; *Encyclopédie méthodique, Jurisprudence*, t. 8, 1789, p. 202 et s. ; G.-V. Vasselin, *Cours élémentaire de droit civil*, Cahier 3, 1801, p. 39 ; P. Boucher, *Institutions commerciales*, 1801, p. 430.

⁶ R.-J. Pothier, *Traité du contrat de louage*, 1778, n° 390.

⁷ P.-J. Brillon, *Jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, t. 1, 1727, p. 418 ; C.-J. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 2, 1769, p. 396 et s.

auteurs, l'inexécution de cette simple promesse de vendre n'était pas sanctionnée par l'obligation de relâcher la chose², par la tradition de la chose³, n'obligeait pas absolument à passer la vente⁴, mais se résolvait en dommages et intérêts⁵, qu'autant que l'on avait souffert de quelque préjudice⁶. En revanche, pour un auteur, l'inexécution de cette promesse était sanctionnée par une condamnation à passer ce contrat selon un arrêt de septembre 1581⁷, contredit selon un autre auteur par un arrêt du 12 mai 1661⁸.

Dans un second temps, ces auteurs étudiaient le contrat qualifié par ses parties de promesse de vendre qui contenait une vente et une promesse de passer cette dernière par un écrit. Ainsi, ils considéraient que l'inexécution de la promesse de passer contrat obligeait à passer contrat⁹, était sanctionnée par une décision exigeant de passer le contrat de vente, qui valait vente en l'absence de cette passation¹⁰. Plus précisément, certains de ces auteurs citaient au soutien de ces affirmations, l'arrêt du 28 mai 1658 relatif à une promesse de vente qui était unilatérale à l'analyse¹¹, et surtout l'arrêt Duquesne contre Bosc, rendu sur conclusions de d'Aguesseau le 19 juillet 1697, selon lequel l'inexécution de la promesse de passer vente devait être sanctionnée par une condamnation à passation du contrat sous 8 jours, en l'absence de laquelle, l'arrêt valait contrat de vente¹². Or, si l'inexécution de la promesse de contrat prenait le vecteur d'une condamnation à passer ce contrat, c'est parce que cette promesse ne contenait pas le consentement au contrat promis : ce consentement était futur et c'est justement

¹ B. J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738, p. 333 et s. ; J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 49, 1782, p. 132.

² B. J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738, p. 332 et s.

³ B. J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738, p. 332 et s. ; P.-J. Brillon, *Jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, t. 6, 1727, p. 839

⁴ B. J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738, p. 333 et s.

⁵ B. J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738, p. 332 et s. ; P.-J. Brillon, *Jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, t. 6, 1727, p. 839 ; J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 49, 1782, p. 132 ; *Guide des notaires et des employés de l'enregistrement*, vol. 3, 1803, p. 118.

⁶ D. Houïard, *Dictionnaire de la Coutume de Normandie*, vol. 3, 1780-1783, p. 687.

⁷ J. de Montholon, *Arrêts de la Cour prononcés en robes rouges*, 1622, p. 17 ; L. Le Grand, *Coutume de Troyes*, 3^e éd., 1715, p. 294 et s.

⁸ J. Boucheul, *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Poitou*, t. 1, 1727, p. 682.

⁹ H. Cochin, *Recueil de ses mémoires et consultations*, t. 6, 1775, p. 160 ; G. du Rousseaud de la Combe, *Œuvres de M. Antoine Despeisses*, t. 1, 1778, p. 40 et s. ; J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 49, 1782, p. 132 ; G. Bosquet, *Dictionnaire raisonné des domaines et droits domaniaux*, t. 3, 1783, p. 550 et s.

¹⁰ B.-L. Le Camus d'Houlouve, *Coutumes du Boulonnais*, t. 2, 1777, p. 266 et s.

¹¹ F. Jamet de La Guessière, *Journal des principales audiences du Parlement*, t. 2, 1692, p. 77 ; J. Boucheul, *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Poitou*, t. 1, 1727, p. 682 ; B. J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738, p. 333 et s. ; C.-J. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 2, 1769, p. 396 et s. ; B.-L. Le Camus d'Houlouve, *Coutumes du Boulonnais*, t. 2, 1777, p. 266 et s. ; G. du Rousseaud de la Combe, *Œuvres de M. Antoine Despeisses*, t. 1, 1778, p. 40 et s.

¹² P.-J. Brillon, *Jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, t. 6, 1727, p. 839 ; B. J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738, p. 333 et s. ; C.-J. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 2, 1769, p. 396 et s. ; B.-L. Le Camus d'Houlouve, *Coutumes du Boulonnais*, t. 2, 1777, p. 266 et s. ; G. du Rousseaud de la Combe, *Œuvres de M. Antoine Despeisses*, t. 1, 1778, p. 40 et s. ; B.-L. Molières-Fonmaur, *Traité des droits de quint, lods et ventes*, t. 1, 1778, p. 193 et s. ; G. Bosquet, *Dictionnaire raisonné des domaines et droits domaniaux*, t. 3, 1783, p. 550 et s. ; D. Houïard, *Dictionnaire de la Coutume de Normandie*, vol. 3, 1780-1783, p. 687.

l'absence de notification de ce consentement qui violait la promesse.

Au total, l'Ancien Droit rattachait les promesses de contrat à des consentements futurs que celles-ci obligeaient à notifier ; le Code civil reprit cette conception.

B. Les promesses de contrat dans le Code de 1804

381. L'article 1589 du Code civil dispose que la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. Or, la lettre comme les travaux préparatoires de cet article montrent que ce dernier reprend la formule initiée par Dumoulin et requalifiant en vente la promesse de vente contenant une vente et souvent une promesse de passer cette dernière par écrit. Ainsi, cet article 1589 conserve la conception des promesses de contrat de l'Ancien Droit (1) ; pourtant, cette interprétation n'a jamais été retenue par les sources existantes (2).

1. L'interprétation proposée de l'article 1589 du Code civil

382. Les travaux préparatoires. Les trois présentations de l'article 1589 dans les travaux préparatoires du Code civil expliquèrent clairement que cet article, comme les auteurs de l'Ancien Droit, requalifiait en vente le contrat qualifié de promesse de vente par ses parties mais qui contient les éléments essentiels de la vente et donc une vente.

Primo, Portalis affirma que l'article 1589 se justifiait par le fait que l'on « trouve effectivement, en pareil cas, tout ce qui est de la substance du contrat de vente¹ ». De plus, il fonda cette justification par un renvoi aux écrits de Cochin². D'abord, ce dernier affirma que « promesse de vendre est vente, quand il n'y manque que l'authenticité », car « souvent une promesse de vendre opère le même effet qu'une vente parfaite ; mais il faut pour cela que tout ce qui est essentiel à la vente soit convenu dans la promesse, et qu'il n'y manque que la forme extérieure du contrat »³. Puis, il développa son idée en affirmant⁴ : « Il a été jugé mille fois qu'une promesse de passer contrat de vente était obligatoire, quoiqu'il n'y eût aucun contrat passé en conséquence, et qu'il suffisait pour cela que la promesse de passer contrat contînt les conditions essentielles de la vente ». Or, concernant une espèce qu'il étudia, il soutint : « Ici ce n'est point une simple promesse de passer contrat, c'est un acte, parfait par lui-même, qui contient une obligation présente, absolue, sans retour, et à laquelle on a seulement ajouté la promesse de la cimenter par un acte devant notaires, si la Dame de Mézières le requérait ».

¹ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, 1827, p. 115.

² H. Cochin, *Recueil de ses mémoires et consultations*, t. 6, 1775, p. 81 et 160.

³ H. Cochin, *Recueil de ses mémoires et consultations*, t. 6, 1775, p. 81.

⁴ H. Cochin, *Recueil de ses mémoires et consultations*, t. 6, 1775, p. 160.

Secundo, lors de l'analyse de cet article 1589, Faure précisa : « Si le contrat, au lieu de renfermer une vente, contient une promesse de vente, la promesse a la même force que la vente même, dès que les trois conditions sont réunies, la chose, le prix et le consentement¹ ». De plus, il indiqua qu'avec cet article « la promesse de vendre était mise sur la même ligne que la vente elle-même, lorsqu'elle réunit comme elle les trois conditions² ».

Tertio, à propos de cet article 1589, Grenier indiqua : « Il est un autre acte qui renferme la vente et qui en a tous les effets, quoique sous une dénomination différente. C'est la promesse de vendre. L'usage en est aussi ancien que celui de la vente, et il n'y avait aucun inconvénient à le conserver. Il est bien entendu que la validité de la promesse de vendre, qui ne peut avoir plus de faveur que la vente à laquelle elle est parfaitement assimilée, est soumise aux mêmes conditions que la vente³ ».

Au total, il apparaît très clairement avec ces présentations officielles de l'article 1589 que ce dernier requalifie en vente, le contrat qualifié par ses parties en promesse de vente mais contenant une vente et une promesse de passer par écrit cette dernière. Autrement dit, cet article 1589 reprend l'appréhension concrète que faisaient beaucoup d'auteurs de l'Ancien Droit, des contrats qualifiés en promesse de vente par leurs parties, avec une distinction du contrat contenant une simple promesse de vendre et du contrat contenant une vente et une promesse de passer contrat, laquelle pouvait même être unilatérale selon l'exemple de Cochin. Ainsi, comme l'affirma Grenier, l'article 1589 fut élaboré avec la volonté de conserver les idées de l'Ancien Droit, au contraire de ce qui fut soutenu parfois après 1804. Par conséquent, les rédacteurs du Code civil ont conservé la conception des promesses de contrat de l'Ancien Droit comme des contrats créant des obligations de notifier un consentement futur : de fait, la promesse de passer contrat écrit ajoutée à la vente dans l'hypothèse visée par l'article 1589 obligeait à notifier un consentement futur pour formaliser par un écrit le consentement qui avait déjà formé la vente.

383. Les propositions préparatoires. Le tribunal d'appel de Lyon s'opposa à la rédaction initiale de l'article 1589, qui fut retenue dans le Code de 1804, en affirmant que « c'est une maxime constante dans le droit français, consacrée par la jurisprudence, que la promesse de vente n'est point vente, et n'oblige qu'à des dommages et intérêts⁴ ». Ainsi, ce

¹ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, 1827, p. 153.

² P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, 1827, p. 154.

³ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, 1827, p. 189.

⁴ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 4, 1836, p. 181.

tribunal d'appel de Lyon crut que la formule de l'article 1589 concernait le contrat spécial de promesse de vente, différent de la vente, et se situait sur le terrain de l'inexécution de cette simple promesse de vente, alors que cette formule se situe sur le plan du contrat qualifié par ses parties en promesse de vente et contenant une vente. Or, cette proposition des juges de Lyon fut citée par les auteurs considérant que l'article 1589 se prononçait sur l'inexécution de la simple promesse de vendre.

En définitive, l'article 1589 du Code civil reprend la formule des auteurs de l'Ancien Droit opérant requalification en vente de la promesse de vente contenant une vente et une promesse de passer cette dernière par écrit ; or, cette interprétation n'a jamais été retenue par les sources existantes.

2. Les interprétations existantes de l'article 1589 du Code civil

384. La sanction de l'inexécution. Un courant doctrinal minoritaire, né au XIX^e siècle¹, et revivifié au XX^e siècle², soutenait que l'article 1589 tranchait la controverse de la sanction de l'inexécution de la promesse de vente au profit de l'exécution forcée, avec décision de justice valant vente, donc aux dépens des dommages et intérêts. Or, ce courant remonte aux analyses de Maleville, réalisées après l'entrée en vigueur du Code civil, à la rédaction duquel il participa, sans toutefois contribuer aux travaux préparatoires de l'article 1589³. D'une part, Maleville affirma que cet article « termine une grande discussion entre les docteurs, les uns tenant que la promesse de vendre vaut vente et oblige à passer contrat, les autres qu'elle se résout en dommages-intérêts ». D'autre part, il précisa : « Il ne faut pas confondre la simple promesse de vendre avec une vente faite sous seing privé, dans laquelle les parties conviendraient d'en passer acte public. Dans ce cas on distingue, ou les parties ont voulu faire dépendre la vente de la passation du contrat, ou elles ont seulement désiré ce contrat pour plus grande assurance de la vente : dans le premier cas la vente est nulle, si l'une des parties refuse de le passer ; dans le second cas elle est parfaite, et la partie, qui veut l'accomplissement de la vente, n'a qu'à remettre la police à un notaire, ou la faire enregistrer

¹ J. Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. 3, 3^e éd., 1822, p. 306 ; C.-B.-M. Toullier, *Droit civil français*, t. 9, 5^e éd., 1830, n° 92 ; P.-L. Championnière, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques*, t. 3, 2^e éd., 1839, n° 1756 et s. ; R.-T. Troplong, *De la vente*, 1844, n° 130 ; A. Motais, *Des promesses de contracter et spécialement des promesses de vente*, th. Rennes, 1857, p. 115 ; M. Aubepin, *Sur la nature des ventes, échanges et promesses de vente jusqu'au temps de Pothier*, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1859, p. 419 et s. ; L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 68 et s. ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 6, 7^e éd., 1875, p. 174 et s. ; F. Verdier, *Transcription hypothécaire*, t. 1, 2^e éd., 1881, n° 48.

² L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats*, RTD civ. 1949, p. 1, n° 13 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 68 et s. ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 484 et s.

³ J. Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. 3, 3^e éd., 1822, p. 306.

pour obliger l'autre à l'exécuter. C'est ce que M. Portalis explique très clairement ». Cependant, l'analyse de Maleville selon laquelle l'article 1589 se prononce sur la sanction de l'inexécution de la promesse de vente est erronée au vu des éléments précités.

385. L'offre. Des sources marginales considéraient que l'article 1589 signifiait que la promesse de vente, entendue comme l'offre de vente, ne formait pas la vente sans promesse de vente de la part de son destinataire, c'est-à-dire sans acceptation de cette offre¹.

386. La promesse unilatérale. Merlin de Douai et des décisions affirmaient que la promesse unilatérale de contrat était prohibée par l'article 1589, mentionnant la seule promesse synallagmatique de vente, assimilée à la vente². Cependant, les travaux préparatoires de cet article renvoyaient à un exemple de promesse de vente contenant une vente et une promesse de passer cette dernière par écrit à la charge d'une partie. Dès lors, la promesse de contrat ajoutée à la vente pouvait être unilatérale ou synallagmatique.

387. L'assimilation. Depuis 1804, l'article 1589 est le plus souvent présenté comme une assimilation de la promesse synallagmatique de vente à la vente. Cependant, l'étude de l'Ancien Droit et des travaux préparatoires qui s'en inspirent montre indiscutablement que cet article 1589 a repris l'Ancien Droit qui n'a jamais assimilé la vente et la promesse synallagmatique de vente sur le plan de la définition abstraite des contrats spéciaux. Inversement, cet article 1589 se situe sur le plan concret du contrat qualifié par ses parties en promesse de vente, mais contenant une vente et devant être requalifié en vente.

En somme, jusqu'au Code civil de 1804 inclus, les promesses de contrat étaient relatives à des consentements futurs qu'elles obligeaient à notifier. Ainsi, au plan concret des contrats conclus, certains contenaient seulement une promesse de contrat, alors que d'autres contenaient un contrat spécial et une promesse de passer par écrit ce dernier. Cependant, après 1804 les conceptions des promesses de contrat évoluèrent fortement.

II. Les définitions des promesses de contrat après le Code civil de 1804

388. À compter de 1804, les versions unilatérale (A) et synallagmatique (B) des promesses de contrat furent distinguées et connurent des évolutions très différentes.

A. Les définitions de la promesse unilatérale de contrat depuis 1804

389. De 1804 jusqu'à la théorie de l'avant-contrat de Demolombe de 1868, les

¹ M. Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, t. 5, 1824, p. 901 ; Cass. civ., 21 déc. 1846 ; D. 1847, 1, p. 19 et s.

² P.-A. Merlin de Douai, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 14, 4^e éd., 1815, p. 533 et s. ; CA Angers, 27 août 1829, D.

définitions de la promesse unilatérale de contrat étaient diverses et souvent floues (1), mais après 1868 cette promesse unilatérale de contrat va être de plus en plus puis exclusivement rattachée à un consentement présent du promettant (2).

1. Les définitions de la promesse unilatérale de contrat de 1804 à 1868

390. Avant Demolombe. De 1804 à 1868, les définitions de la promesse unilatérale de contrat connurent une diversité inédite avec trois groupes.

Le premier était constitué des définitions de la promesse unilatérale de contrat comme un contrat créant une obligation de donner ou constituant une vente conditionnelle¹.

Le deuxième réunissait des définitions de la promesse unilatérale de contrat doctrinales², et jurisprudentielles³, affirmant que celle-ci créait une obligation de faire, généralement sans être précises sur le point de savoir si cette obligation était relative à un consentement futur comme dans l'Ancien Droit, ou à un consentement présent. En effet, ces définitions suggéraient parfois que le consentement du promettant était futur en évoquant des obligations de faire identiques à celles évoquées dans l'Ancien Droit et une sanction de leur inexécution par une décision ordonnant de consentir à la vente sous peine de valoir contrat de vente. Mais ces définitions affirmaient parfois que le contrat promis était formé par la manifestation du consentement du bénéficiaire au contrat promis, ce qui suggérait que le consentement du promettant au contrat promis était présent dès la formation de la promesse.

Le troisième groupe considérait que la promesse unilatérale de vente créait une obligation de vendre, qui n'était pas rattachable avec certitude à l'obligation de donner ou à l'obligation de faire, donc il était difficile de savoir si le consentement du promettant était présent ou futur⁴.

391. Avec Demolombe. En 1868, Demolombe affirma que lorsqu'une personne faisait une offre avec un délai pour son acceptation, ce délai constituait une seconde offre d'un contrat obligeant à ne pas retirer la première offre, que son destinataire était présumé avoir acceptée, car cette seconde était entièrement à son avantage, si bien que s'était formé un

1830, 2, p. 74 ; CA Lyon, 27 juin 1832 : S. 1833, 2, p. 285 ; *Les codes annotés de Sirey*, vol. 1, *code civil*, 1847, p. 421, note 1589-1.

¹ A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 16, 1833, n° 52 ; J.-I.-B. Coulon, *Questions de droit*, 1853, n° 158 ; F. Mourlon, *De la transcription*, 1862, p. 94.

² P.-L. Championnière, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques*, t. 1, 2^e éd., 1839, n° 65 ; P.-L. Championnière, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques*, t. 3, 2^e éd., 1839, n° 1746 et s. ; C.-S. Zachariae, *Cours de droit civil français*, t. 2, 1839, p. 484 ; R.-T. Troplong, *De la vente*, 1844, p. 66 et s. ; D. Firmin, *Des promesses de vente en droit romain et en droit français*, th. Dijon, 1866, p. 75, 78, 81 et 86.

³ CA Paris, 10 mai 1826 : D. 1827, 2, p. 185 ; CA Amiens, 24 août 1839 : S. 1843, 2, p. 403 ; CA Amiens, 16 juin 1841 : D. 1844, 2, p. 190 ; CA Bordeaux, 17 août 1848 : S. 1848, 2, 641 ; Cass. req., 20 janv. 1862 : DP 1862, 1, 364 et s.

⁴ P.-A. Dalloz, *Dictionnaire général et raisonné de droit civil*, t. 7, 1850, p. 292 ; J.-H. Vachon, *De la promesse de vendre et des arrhes*, th. Paris, 1851, p. 27 et 30.

contrat avec obligation de ne pas retirer l'offre¹. À ce titre, comme le souligna Roubier, cette construction était analogue à celles d'auteurs italiens et allemands de la même époque². Or, son idée fut discutée par la doctrine, de nombreux auteurs évoquant une obligation de maintien d'offre³, d'autres mentionnant une obligation de non-révocation d'offre⁴. Ainsi, son idée de déduire l'existence d'une offre de contrat créateur d'une telle obligation, à partir du délai contenu dans l'offre, fut logiquement rejetée, ce délai constituant un terme extinctif de l'effet de conclusion de l'offre pour nous⁵. Cependant, l'intérêt de sa théorie est en réalité d'avoir imaginé la possibilité d'un contrat créant une obligation de non-anéantissement de l'offre, afin de remédier à l'insécurité inhérente à l'efficacité de la volonté de révoquer cette offre. De fait, dès la diffusion de sa théorie, de plus en plus d'auteurs définirent la promesse unilatérale de contrat comme un contrat créant une obligation de maintien d'offre, c'est-à-dire d'un consentement présent. Toutefois, Demolombe distinguait son avant-contrat créateur d'une obligation de ne pas retirer l'offre et la promesse unilatérale de vente⁶. Dès lors, ce sont des auteurs postérieurs qui ont utilisé son idée pour définir la promesse unilatérale de contrat. Pour terminer, ce contrat fut qualifié par la suite d'avant-contrat⁷, de contrat préliminaire⁸,

¹ C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, vol. 24, 1^{re} éd., 1868, n° 64 et s. ; C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, vol. 24, 2^e éd., 1870, n° 64 et s.

² P. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, th. Lyon, 1911, p. 260.

³ M. Ripert, *De la vente commerciale*, Revue pratique de dr. fr., 1874, t. 37, p. 176 et s. ; C. Darquer, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1885, p. 149 ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 109 ; C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, 1900, p. 479 et s. ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 2^e éd., 1902, n° 982 et s. ; I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 113 et s. ; DP 1913, 2, p. 4, note J. Valéry ; N. Matulesco, *De la promesse unilatérale de société*, th. Paris, 1923, p. 12 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 1, 1923, n° 18, p. 55 ; G. Rebour, *De la clause d'option dans les contrats*, th. Paris, 1927, p. 19 et s.

⁴ M. Ripert, *De la vente commerciale*, Revue pratique de dr. fr., 1874, t. 37, p. 176 et s. ; C. Darquer, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1885, p. 149 ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 109 ; L. Guillouard, *De la vente et de l'échange*, t. 1, 1889, n° 12 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 155 ; R. Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, th. Paris, 1909, p. 97.

⁵ Voir ci-dessus n° 150, 169, 212, 220, 260 et 261.

⁶ C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, vol. 25, 1^{re} éd., 1869, n° 325 et s.

⁷ É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 154 et s. ; A. Cohen, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1921, p. 86 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 1, 1923, n° 18, p. 55 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 28, p. 28 ; J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, th. Toulouse, 1949, LGDJ, 1951, n° 271 ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 4^e éd., 1952, n° 334 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 48 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 107 et s. ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 38 ; J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46 et s., n° 16 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 400 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 113 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 45 et s. ; S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français*, th. Toulouse, 1991, LGDJ, 1997, p. 98 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 72 ; P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Consentement, avr. 2007, n° 130 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 30 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 267 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-53 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 119 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 852 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 127 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 98 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 50 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 51 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 104 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 65 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 201.

⁸ I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 126 ; J. Chabas, *De la*

préparatoire¹, préalable ou de proposition², et même de promesse unilatérale de contrat³, ou d'option⁴. Par suite, ces qualifications montrent le lien entre cet avant-contrat de Demolombe et la promesse unilatérale actuelle de l'article 1124.

En résumé, de 1804 jusqu'à la théorie de l'avant-contrat de Demolombe de 1868, les définitions de la promesse unilatérale de contrat étaient diverses et souvent floues, mais après 1868 la conception de cette promesse unilatérale va progressivement se stabiliser.

2. Les définitions de la promesse unilatérale de contrat de 1868 à 2021

392. De 1868 à 1945. Après la théorie de l'avant-contrat de Demolombe en 1868, quelques définitions marginales continuèrent de soutenir que la promesse unilatérale de contrat créait une obligation de donner⁵, alors que les autres définitions considéraient que cette promesse créait une obligation de faire et formaient trois groupes.

Le premier groupe rattachait cette promesse unilatérale à un consentement futur du promettant. Plus précisément, ces thèses affirmaient, parfois avec renvoi à Pothier et à l'Ancien Droit, que la promesse unilatérale de contrat créait à la charge du promettant une obligation de donner son consentement futur au contrat de vente, si bien que le contrat promis n'était formé que lorsque le promettant manifestait son consentement à ce contrat, lequel consentement n'était pas présent lors de la formation de cette promesse⁶.

Le deuxième groupe de définitions rattachait cette promesse unilatérale à un consentement présent du promettant.

D'abord, certaines sources soutenaient que le contrat promis se formait par la manifestation du consentement par le bénéficiaire, ce qui sous-entendait que le consentement du promettant

déclaration de volonté en droit civil français, th. Paris, 1931, p. 117 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 108 et 121.

¹ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 553 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 267.

² M. Ripert, *De la vente commerciale*, Revue pratique de dr. fr., 1874, t. 37, p. 176 et s. ; C. Darquer, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1885, p. 149 ; A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890, n° 108.

³ L. Guillouard, *De la vente et de l'échange*, t. 1, 1889, n° 12.

⁴ G. Rebour, *De la clause d'option dans les contrats*, th. Paris, 1927, n° 21.

⁵ C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, vol. 25, 1^{re} éd., 1869, n° 325 et s. ; E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, t. 7, 1873, n° 10 bis V ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 452 ; T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 10, 1897, n° 29 ; P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 150 et s. ; R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, n° 35 et s. et p. 89 et 94 ; DP 1932, 2, 136, note M. Nast.

⁶ A. Motais, *Des promesses de contracter et spécialement des promesses de vente*, th. Rennes, 1857, p. 74, 75, 79, 120 et 121 ; L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 98, 153, 166, 169, 170, 172 et 174 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 66, 67, 68, 69 et 70 ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 21, 22, 23, 31 et 34 ; J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 99 ; N. Matulesco, *De la promesse unilatérale de société*, th. Paris, 1923, p. 2, 3, 11, 14, 23, 32, 62, 65 et 107.

était présent dès la formation de la promesse¹.

Ensuite, certaines définitions de la promesse unilatérale de contrat avec obligation de faire affirmaient expressément que celle-ci était relative à un consentement présent, ce que les auteurs antérieurs ne faisaient pas. Pour certaines de ces définitions, la promesse unilatérale de contrat contenait le consentement ou l'offre du promettant au contrat promis, avec une obligation de maintien de l'offre², ou une obligation à l'objet différent du maintien de ce consentement³, auxquelles était ajouté parfois un droit d'option. Les autres définitions considéraient que la promesse unilatérale de contrat créait une obligation de maintien d'offre, sans préciser que cette dernière était dans la promesse⁴. Ainsi, ces définitions étaient influencées par l'avant-contrat de Demolombe, auquel elles renvoyaient parfois.

Le troisième groupe était constitué de définitions de la promesse unilatérale de contrat réalisées par des auteurs⁵, ou des décisions⁶, ne précisant pas clairement si le consentement du promettant au contrat promis était présent ou futur.

393. De 1945 à 2021. Après 1945, la promesse unilatérale de contrat fut systématiquement rattachée à un consentement présent.

Dans un premier temps, entre 1945 et 1993 les définitions de la promesse unilatérale de contrat mentionnaient ou suggéraient toujours la présence du consentement du promettant lors de la formation de la promesse. Majoritairement ces définitions évoquaient une obligation de maintien d'offre, sans indiquer si cette dernière était contenue dans la promesse⁷, ou en

¹ C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 5, 5^e éd., 1907, § 349, p. 6 ; Cass. req., 21 fév. 1910 : DP 1911, 1, p. 389 et s. ; M. Benoist, *Des constructions élevées par un preneur avec promesse de vente*, th. Paris, 1911, p. 11 ; Y. Chevallier, *Annulation des promesses de vente d'immeuble pour lésion postérieure à la promesse*, th. Paris, 2^e éd., 1924, p. 32 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 9, 40, 51 et s. et 73 ; P. Meurisse, *La promesse unilatérale de vente et la rescision pour cause de lésion*, th. Paris, 1925, p. 12 ; F. Vincent, *De l'idée de lésion dans les promesses de vente*, th. Lyon, 1926, p. 29, 33 et 44 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 514.

² P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 11, 51, 83, 96 et 97.

³ F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 24, 4^e éd. 1884, n° 12 et 13 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 31, 41, 102, 150 et s., 154 et 161 ; A. Hilsenrad, *Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat*, th. Paris, 1932, p. 25 ; H. Boyer, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1931, p. 10, 45, 49, 58 et 59 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif*, t. 2, 1939, n° 1072 et s.

⁴ R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 75, 76, 77 et 78 ; Cass. req., 26 mai 1908 : DP 1909, 1, 425 et s. ; R. Lévrier, *Contribution à l'étude des promesses de vente*, th. Bordeaux, 1920, p. 118, 129 et s., 144 et 148 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 471 ; G. Rebour, *De la clause d'option dans les contrats*, th. Paris, 1927, n° 2, 20, 21, 23 et 56 ; H. Boulard, *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Paris, 1927, p. 5, 9 et 13 ; CA Colmar, 4 févr. 1936 : DH 1936, p. 187 ; J.-C. Levret, *Les promesses de contrat au point de vue fiscal*, th. Paris, 1937, p. 6 et s. et 20 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 11 et s., 71, 91, 94, 96 et 105 ; J. Blazy, *Promesses de vente et droits fiscaux*, th. Toulouse, 1941, p. 18 et s.

⁵ L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 85, 86, 89 ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 6, 7^e éd., 1875, p. 165 et s. ; F. Verdier, *Transcription hypothécaire*, t. 1, 2^e éd., 1881, n° 46 et 102 et s. ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 2^e éd., LGDJ, 1902, n° 1398, 1402, 1403 et 1404 ; C. Beudant, *Cours de droit civil français, La vente et le louage*, 1908, p. 25 et s. ; J.-R. Dautriche, *La promesse unilatérale de vente en droit français*, th. Paris, 1930, p. 27, 28, 29, 78, 79, 114, 116 et 117 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 266, 267 et 269.

⁶ CA Nancy, 2 mars 1889 : S. 1890, 2, 127 ; CA Aix-en-Provence, 27 avr. 1931 : DP 1932, 2, p. 136 ; Cass. req., 26 nov. 1935 : DP 1936, I, 37 et s. ; Cass. civ., 7 mars 1938 : DH 1938, p. 260.

⁷ A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 43 et s. ; P. Delommez, *Des*

indiquant que le consentement ou l'offre du promettant étaient contenus dans la promesse¹. De même, il fut affirmé que le consentement du promettant était dans la promesse avec une obligation de ne pas faire². Rarement, ces définitions suggéraient la présence du consentement du promettant lors de la formation de la promesse en affirmant que le contrat promis se formait par la levée d'option³, et évoquaient une obligation de faire⁴, ou de ne pas faire⁵, ou très rarement aucune obligation mais seulement un droit d'option⁶. Très marginalement, deux auteurs opposèrent deux promesses unilatérales de contrat : Boyer rattachait chacune de ces deux promesses à un consentement présent du promettant⁷, alors que Mme Geninet rattachait l'une à un consentement présent et l'autre à une offre incomplètement élaborée et nécessitant un nouvel acte de consentement⁸.

Dans un deuxième temps, le 15 décembre 1993, la Cour de cassation rendit l'arrêt très connu « Godard contre consorts Cruz »⁹, et un autre arrêt inédit et méconnu¹⁰, qui reconnurent que la promesse unilatérale de contrat créait une obligation de faire, dont l'inexécution par la volonté efficace du promettant de révoquer la promesse unilatérale était sanctionnée seulement par des dommages et intérêts, sur le fondement de l'ancien article 1142 du Code civil. Or, ces arrêts n'affirmaient pas expressément que cette promesse était relative à un consentement présent, mais reconnaissaient que la rétractation de la promesse avant la levée d'option avait empêché la rencontre des consentements à la vente, ce qui sous-entendait que le consentement du promettant était présent lors de la conclusion la promesse et jusqu'à la rétractation de celle-ci. Ainsi, cette jurisprudence, entièrement fondée sur une analyse de la

promesses unilatérales de vente d'immeuble, th. Lille, 1947, p. 8 et s. et 68 et s. ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 93, 130 et 140 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 21 ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 2, 9, 48, 176, 187 et 234 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 126 et 127.

¹ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 487, 491, 499, 504 et 519 ; J. Schmidt-Szalewski, *La période précontractuelle en droit français*, RID comp. 1990, p. 545 et s. ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 20 s., 36 et 144.

² F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 189 et 222.

³ Cass. 2^e civ., 21 déc. 1970, n° 69-13.031 : Bull. civ. II, n° 353, p. 269.

⁴ J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46, n° 3 ; J. Schmidt-Szalewski, D. 1977, jurispr. p. 593 et s. ; S. Piedelièvre, *Cours de droit civil*, t. 1, vol. 2, Montchrestien, 13^e éd., 1997, n° 547 et s.

⁵ C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 209 et 221 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 99, 103 et 208.

⁶ I. Najjar, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris, 1966, n° 17 à 24.

⁷ L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats*, RTD civ. 1949, p. 1, n° 21 et 27 et s.

⁸ M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 177, 178, 188 et s., 214, 402 et 448.

⁹ Cass 3^e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199 : Bull. civ. III, n° 174 ; Defrénois 1994, 795, obs. P. Delebecque ; D. 1994, p. 507, note F. Bénac-Schmidt ; D. 1994, Somm. p. 230, obs. O. Tournafond ; RTD civ. 1994, p. 588, obs. J. Mestre ; AJDI 1994, p. 351, obs. M. Azencot ; D. 1995, Somm. 87, obs. L. Aynès ; JCP 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; JCP N 1995, I, 194, obs. A. Terrasson de Fougères.

¹⁰ Cass 3^e civ., 15 déc. 1993, n° 91-14.999 : Inédit.

promesse unilatérale de contrat comme un contrat créant une obligation de faire, conduisit une partie de la doctrine à proposer de très diverses définitions du contenu de cette promesse afin d'écarter cette obligation de faire, qui restait présente chez l'autre partie de la doctrine. Cependant, tous ces auteurs évoquèrent explicitement ou implicitement le fait que le consentement du promettant au contrat promis existait dès la conclusion de la promesse unilatérale de contrat, même s'ils indiquaient rarement si ce consentement était contenu ou non dans la promesse. D'une part, certains auteurs continuèrent après cette jurisprudence de 1993 de définir la promesse unilatérale de contrat en utilisant la notion d'obligation, dont l'objet était ponctuellement le maintien ou le non-anéantissement de l'offre ou du consentement du promettant¹, ou le plus souvent différent². D'autre part, des auteurs saisirent la promesse unilatérale de contrat sans recourir au concept d'obligation, mais en affirmant que celle-ci contenait le seul consentement du promettant³, une exclusivité au profit du bénéficiaire⁴, ou un droit potestatif d'option seul⁵.

Dans un troisième temps, l'ordonnance du 10 février 2016 a défini la promesse unilatérale de contrat, par réaction contre la jurisprudence antérieure, avec l'évocation du seul droit d'option, sans obligation. Depuis la création de cette ordonnance, les définitions se sont largement ralliées à cette définition par utilisation de la notion d'option⁶. Plus précisément, de

¹ RTD civ. 1994, p. 588, obs. J. Mestre ; JCP N 1995. I. 194, obs. A. Terrasson de Fougères ; J. Schmidt-Szalewski, *La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats*, RTD civ. 2000 p. 25 ; D. Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter*, RTD civ. 2004, p. 1 ; JCP E 2006, 1463, note A. Constantin.

² D. 1994, p. 507, note F. Bénac-Schmidt ; D. 1994, Somm. p. 230, obs. O. Tournafond ; D. 1995, p. 87, L. Aynès ; LPA, 23 avr. 1997, n° 49, p. 18, R.-N. Schütz ; LPA, 30 mai 1997 n° 65, p. 25, n° 19, B. Bevière ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 51 ; G. Pignarre, *À la redécouverte de l'obligation de praestare*, RTD civ. 2001 p. 41 et s. ; JCP N 2009, n° 1, p. 26, obs. S. Piedelièvre ; Defrénois 2010, 39170, p. 2123, note L. Aynès ; Gaz. Pal. 2 déc. 2010, p. 15, note G. Pignarre ; O. Barret, Rép. civ. Dalloz, V° *Promesse de vente*, 2011, n° 60 et 105 ; RDC 2011, p. 153, obs. P. Brun ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 191 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 820 et s. ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 92 et s. ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 123 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 149-1 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 767 et s. ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 143 ; D. Houtcief, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 208.

³ JCP G 1995, II, 22491, n° 10, obs. C. Larroumet ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 135-2 ; P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771 ; LPA, 13 oct. 2008, n° 205, p. 13, n° 7, obs. A. Lebois ; Y. Paclot et E. Moreau, *L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente*, JCP 2011, n° 25, doct. 736, n° 13 ; G. Wicker, *L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif*, RDC 2012, p. 649.

⁴ RDC 2004, p. 270, obs. D. Mazeaud ; D. Mazeaud, *Exécution des contrats préparatoires*, RDC 2005, p. 61 ; P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2006, article 1106.

⁵ Defrénois 1994, p. 795, obs. P. Delebecque ; D. 1995, p. 87, L. Aynès ; JCP 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; Defrénois 2010, 39170, p. 2123, note L. Aynès ; Defrénois 2011, p. 1023, note L. Aynès ; D. 2011, p. 1457, D. Mazeaud ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 240 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 448 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 56 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-10.

⁶ M. Latina et G. Chantepie, ss dir., *Projet de réforme du droit des contrats, Analyses et propositions*, Dalloz, 2015, p. 14 et s. ; I. Beyneix et L.-C. Lemmet, *La négociation des contrats*, RTD com. 2016, p. 1 ; D 2016, p. 848, note I. Najjar ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 217 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 30 ; D. 2017, p. 2007, note D. Mazeaud ; F. Chénéde et O. Herrnberger, *Les avant-contrats*, JCP N 2017, n° 17, 1164 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 260 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 74 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 258 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 179 et s. ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du*

nombreuses définitions doctrinales de la promesse unilatérale de contrat évoquent le fait qu'avec cette promesse le promettant a donné son consentement au futur contrat¹, mais il est rarement indiqué que ce consentement est inséré dans cette promesse². Par ailleurs de rares définitions continuent d'évoquer une obligation créée par la promesse unilatérale de contrat³.

En résumé, les définitions de la promesse unilatérale de contrat ont donc fortement évolué de 1804 à nos jours, étant donné que du Code civil à 1945 cette promesse fut définie diversement, avant d'être rattachée exclusivement à un consentement présent du promettant depuis 1945. Parallèlement, les définitions de la promesse synallagmatique de contrat ont évolué essentiellement d'une assimilation majoritaire à ce contrat, sans exception, avant 1945, vers un principe d'assimilation avec une exception.

B. Les définitions de la promesse synallagmatique de contrat depuis 1804

394. De 1804 à 1945 l'assimilation de la promesse de contrat et de ce dernier ne connaissait généralement pas d'exception (1), alors que depuis 1945 cette assimilation connaît une exception dans la majorité des sources (2).

1. Les définitions de la promesse synallagmatique de contrat de 1804 à 1945

395. Les définitions majoritaires. Du Code de 1804 jusqu'en 1945, la majorité doctrinale assimilait la promesse synallagmatique de vente à la vente sur le fondement de l'article 1589 de ce code, en ce sens que celles-ci avaient les mêmes effets, sans reconnaître

contrat, LGDJ, 2018, n° 215 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 260 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 97 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122.151 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 97 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 91 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 254 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 59 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 80 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 396 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 205 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 163 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 60 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 232.

¹ N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 30 ; M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 34 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 179 et s. ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 257 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 53 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 260 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 97 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 91 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 134 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 196 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 163 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 60.

² D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 215 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1098 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 71.

³ A. Fournier, *Rép. civ. Dalloz, V^e Publicité foncière*, déc. 2019, n° 154 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 43 et 54 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 92 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 71 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 208.

d'exception dans laquelle cette promesse n'était pas une vente¹. Or, cet article 1589 reprenait une formule de l'Ancien Droit se situant sur le plan concret des contrats conclus et qualifiés en promesses de vente par leurs parties, mais contenant une vente et qui devait donc être requalifié en vente. Dès lors, cette interprétation majoritaire de l'article 1589 de 1804 à 1945 utilisait cette formule de l'Ancien Droit, non sur le plan concret des contrats qualifiés par leurs parties de promesse de vente, mais sur le plan abstrait de la définition des contrats spéciaux pour nier la possibilité d'une promesse synallagmatique de vente autonome, alors que l'Ancien Droit repris par cet article 1589 n'assimila jamais la vente et la promesse synallagmatique de vente. Pourtant, cette assimilation fut même étendue à la promesse synallagmatique de contrat en général².

396. Les définitions minoritaires. Des auteurs minoritaires considéraient entre 1804 et 1945 que la promesse synallagmatique de vente ne pouvait être assimilée à la vente.

D'une part, une minorité doctrinale soutint après 1850 que l'article 1589 consacrait le principe de l'assimilation de la vente à la promesse synallagmatique de vente, mais reconnut une exception lorsque la promesse synallagmatique de vente contenait un délai avant la conclusion de la vente, car celle-ci créait alors des obligations de faire³.

D'autre part, un autre courant minoritaire soutint à cette époque que l'article 1589 tranchait la controverse de la sanction de l'inexécution de la promesse de vendre au profit de l'exécution forcée, avec décision de justice valant vente, donc aux dépens des dommages et intérêts⁴. Par

¹ P.-L.-C. Gin, *Analyse raisonnée du droit français*, t. 4, 1804, p. 11 ; *Code civil avec des notes explicatives rédigées par des jurisconsultes qui ont concouru à la confection du code*, t. 7, Gratiot, 1806, p. 19 ; C.-É. Delvincourt, *Institutes de droit civil français*, t. 3, 1808, p. 112 et s. ; C.-É. Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, t. 2, 1813, p. 150 ; J.-M. Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. 1, 1814, n° 279 ; M. Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, t. 5, 1824, p. 901 ; A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 16, 1833, n° 51 ; A.-M. Demante, *Programme du cours de droit civil français fait à la Faculté de droit de Paris*, t. 3, 1835, n° 262 ; C.-S. Zachariae, *Cours de droit civil français*, t. 2, 1839, p. 483 ; P.-A. Dalloz, *Dictionnaire général et raisonné de droit civil*, t. 7, 1850, p. 292 ; D. Firmin, *Des promesses de vente en droit romain et en droit français*, th. Dijon, 1866, p. 114 et s. ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 24, 4^e éd. 1884, n° 8 et 21 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 447 et s. ; L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 132 et s. ; L. Guillouard, *De la vente et de l'échange*, t. 1, 1889, n° 77 ; P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 110 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 5 et 25 et s. ; R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, n° 23 et s. ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 12, *De la vente et de l'échange*, 1900, n° 58 et s. ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 43 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 163 et s. ; J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 13 ; R. Lévrier, *Contribution à l'étude des promesses de vente*, th. Bordeaux, 1920, p. 72 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 469 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 23 et 33 et s. ; J.-R. Dauriche, *La promesse unilatérale de vente en droit français*, th. Paris, 1930, p. 37 ; G. Thirion, *Le bail avec promesse de vente*, th. Nancy, 1930, p. 29 ; H. Boyer, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1931, p. 6 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 66 ; J.-C. Levret, *Les promesses de contrat au point de vue fiscal*, th. Paris, 1937, p. 21 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 271 et s. ; J. Blazy, *Promesses de vente et droits fiscaux*, th. Toulouse, 1941, p. 85 et s.

² R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 469.

³ J.-H. Vachon, *De la promesse de vendre et des arrhes*, th. Paris, 1851, p. 42 et s. ; E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, t. 7, 1873, art. 1589, n° 10 bis II et III ; C. Beudant, *Cours de droit civil français, La vente et le louage*, 1908, p. 30 ; F. Vincent, *De l'idée de lésion dans les promesses de vente*, th. Lyon, 1926, p. 31 et s.

⁴ J. Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. 3, 3^e éd., 1822, p. 306 ; C.-B.-M. Toullier, *Droit civil*

conséquent, ce courant estimait qu'il y avait une place pour une promesse synallagmatique de vente différente de la vente et créatrice d'obligations de faire.

En somme, de 1804 jusqu'à 1945, l'assimilation de la promesse de vente et de la vente ne connaissait généralement pas d'exception ; en revanche depuis 1945 cette assimilation connaît une exception dans la majorité des sources.

2. Les définitions de la promesse synallagmatique de contrat de 1945 à 2021

397. Les définitions majoritaires. Depuis 1945, la majorité doctrinale reconnaît le principe de l'assimilation de la promesse synallagmatique de vente à la vente en particulier¹, de toutes les promesses synallagmatiques de contrat au contrat en général², dont celles de bail³. Cependant, ces sources reconnaissent aussi une exception à ce principe, dans laquelle la promesse synallagmatique de contrat crée des obligations de faire aux objets divers⁴, comme

français, t. 9, 5^e éd., 1830, n° 92 ; P.-L. Championnière, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques*, t. 3, 2^e éd., 1839, n° 1756 et s. ; R.-T. Troplong, *De la vente*, 1844, n° 130 ; M. Aubepin, *Sur la nature des ventes, échanges et promesses de vente jusqu'au temps de Pothier*, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1859, p. 419 et s. ; L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 63 et s. ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 6, 7^e éd., 1875, p. 172 et s. ; F. Verdier, *Transcription hypothécaire*, t. 1, 2^e éd., 1881, n° 48 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 2^e éd., 1902, n° 1400 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 269.

¹ P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 38 et s. et 54 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 110 et s. ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 72 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 247 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 299 et s. ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 57 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, 2021, n° 170 et s.

² P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 38 et s. ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 172 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 110 et s. ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 188 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 126 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 72 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 94 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 299 et s. ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 57 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 450 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 218 ; M. Poumarède et D. Savouré, *Les avant-contrats*, Dr. et patr. 2016, n° 262, p. 39 ; C. Grimaldi, *Proposition de modification de l'article 1589 du Code civil*, RDC 2017, p. 213 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 259 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122.131 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 101 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 92 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 256 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 20, Promesse synallagmatique*, oct. 2020, n° 6 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, 2021, n° 170 et s. ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 393 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 218 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 256 et s. ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 163 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 61 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 230.

³ Cass. req., 21 mars 1921 : DP 1921, 1, p. 166 ; Cass. 3^e civ., 27 juin 1973 : Bull. civ. n° 446 ; Cass. 3^e civ., 23 févr. 1982 : JCP G 1982, IV, 167 ; Cass. 3^e civ., 20 mai 1992 : Bull. civ. III, n° 152 ; Cass. 3^e civ., 28 mai 1997 : Bull. civ. III, n° 116 ; Contrats, conc. Consom. 1997, comm. 131, obs. L. Leveneur ; LPA, 6 avr. 1998, n° 41, p. 17, note C.-H. Gallet.

⁴ P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 38 et s. et 54 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 172 et 174 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 110 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 126 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 73 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 247 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 299 et s. ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 450 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 218 et 221 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, 2021, n° 208.

le consentement au contrat promis¹, signer l'acte formaliste², ou remettre la chose si le contrat visé est un contrat réel³.

398. Les définitions minoritaires. Depuis 1945, des sources minoritaires donnent des définitions de la promesse synallagmatique de contrat différentes.

D'abord, quelques auteurs se contentent d'évoquer l'assimilation de la promesse synallagmatique de vente à la vente⁴.

Ensuite, quelques auteurs ont défini la promesse synallagmatique de contrat en évoquant la présence des consentements au contrat promis dès la formation de cette promesse. En 1949, Louis Boyer a distingué deux promesses synallagmatiques de contrat dans son article relatif aux promesses de contrat, repris par M. Najjar⁵. La première est le pacte d'option, qui peut être bilatéral selon eux et contient une option, entendue comme droit potestatif, et non une obligation de faire ou de ne pas faire⁶. La seconde selon eux, la promesse de vente au sens strict, connue dès l'Ancien Droit, crée une obligation, qui ne peut avoir pour objet de manifester un consentement, car les parties ont déjà donné leur consentement à la vente, mais ont subordonné la formation de cette dernière à l'existence d'un fait qui dépend de leur commune activité et qu'elles s'engagent à réaliser⁷. En 1983, M. Collart Dutilleul considère dans sa thèse qu'il y a une place pour un avant-contrat synallagmatique de vente par lequel ses parties consentent à une vente future et créant une obligation de faire advenir l'élément constitutif manquant et formant le contrat⁸.

Après l'étude de l'histoire des définitions des promesses de contrat, il est possible d'analyser les nombreuses définitions des promesses de contrat.

Section II. L'analyse des définitions des promesses de contrat

399. L'analyse des définitions des promesses unilatérales (I) et synallagmatiques (II) de contrat doit permettre d'écarter celles qui ne sont pas satisfaisantes et de proposer des définitions optimales des quatre promesses de contrat.

¹ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larquier, 1^{re} éd., 2015, n° 221.

² O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 205 et 208.

³ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larquier, 1^{re} éd., 2015, n° 221.

⁴ C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 28 et s. ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 5 et s. ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 771 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 123.

⁵ I. Najjar, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris, 1966, n° 24.

⁶ L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats*, RTD civ. 1949, p. 1, n° 21 et 27 et s.

⁷ L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats*, RTD civ. 1949, p. 1, n° 14 et 21.

⁸ F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 117, 126 et 188.

I. L'analyse des définitions existantes des promesses unilatérales de contrat

400. Les définitions de la promesse unilatérale affirment que celle-ci contient une obligation de faire surtout lorsqu'elles sont antérieures à la jurisprudence du 15 décembre 1993 (A), alors que d'autres excluent cette obligation essentiellement depuis 1993 (B).

A. Les définitions des promesses unilatérales de contrat avec obligation de faire

401. De nombreuses définitions de la promesse unilatérale de contrat, essentiellement antérieures à l'ordonnance de 2016, soutiennent que celle-ci contient une obligation de faire, sans objet de maintenir un consentement (1), ou avec cet objet (2).

1. Les définitions avec obligation de faire différente du maintien du consentement

402. Les définitions d'une promesse unilatérale. De nombreuses définitions de la promesse unilatérale ont soutenu surtout avant la réforme de 2016 que celle-ci crée une obligation de faire, sans envisager la dualité de cette promesse.

D'abord, pour de nombreuses définitions, cette obligation de faire aurait pour objet de vendre¹. Or, cette obligation ne doit pas être retenue, car elle a été évoquée pour définir la vente et les promesses unilatérales de contrat relatives à un consentement futur ou présent.

De même, selon de nombreuses définitions, cette obligation a pour objet de passer², de

¹ Rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur : R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1762, n° 476 ; H. Lacombe de Prezel, *Dictionnaire portatif de jurisprudence et de pratique*, t. 3, 1763, p. 247 et s. ; R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1772, n° 476 ; L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 98 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 69 ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 23. Rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement présent : C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 5, 5^e éd., 1907, § 349, p. 6 ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 24, 4^e éd. 1884, n° 12 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 9 ; Y. Chevallier, *Annulation des promesses de vente d'immeuble pour lésion postérieure à la promesse*, th. Paris, 2^e éd., 1924, p. 32 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 514 ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 2 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 126 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 51 ; JCP N 2009, n° 1, p. 26, obs. S. Piedelièvre ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 191 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 123. Rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur ou présent : CA Paris, 10 mai 1826 : D. 1827, 2, p. 185 ; CA Amiens, 24 août 1839 : S. 1843, 2, p. 403 ; P.-A. Dalloz, *Dictionnaire général et raisonné de droit civil*, t. 7, 1850, p. 292 ; J.-H. Vachon, *De la promesse de vendre et des arrhes*, th. Paris, 1851, p. 27 ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 6, 7^e éd., 1875, p. 165 et s. ; L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 85 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 2^e éd., 1902, n° 1398 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 267 ; S. Piedelièvre, *Cours de droit civil*, t. 1, vol. 2, Montchrestien, 13^e éd., 1997, n° 547 et s.

² Rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur : J.-G. Basset, *Plaidoyers de maître Jean-Guy Basset*, partie 2, 1668, p. 302 et s. ; J. Brodeau, *La coutume de Paris*, t. 1, 2^e éd., 1669, p. 594 ; L. Le Grand, *Coutume de Troyes*, 3^e éd., 1715, p. 294 et s. ; J. Boucheul, *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Poitou*, t. 1, 1727, p. 682 ; P.-J. Brillon, *Jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, t. 1, 1727, p. 418 ; P.-J. Brillon, *Jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, t. 6, 1727, p. 839 ; B. J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738, p. 332 et s. ; R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1762, n° 479 ; C.-J. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 2, 1769, p. 396 et s. ; R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1772, n° 479 ; H. Cochin, *Recueil de ses mémoires et consultations*, t. 6, 1775, p. 160 et s. ; B.-L. Le Camus d'Houlouve, *Coutumes du Boulonnais*, t. 2, 1777, p. 266 et s. ; G. du Rousseaud de la Combe, *Œuvres de M. Antoine Despeisses*, t. 1, 1778, p. 40 et s. ; B.-L. Molières-Fonmaur, *Traité des droits de quint, lods et ventes*, t. 1, 1778, p. 193 et s. ; J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 49, 1782, p. 132 ; G. Bosquet, *Dictionnaire raisonné des domaines et droits domaniaux*, t. 3, 1783, p. 550 et s. ; J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 10, 1785, p. 603 ; L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 174 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 70 ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 22. Rattachant la promesse unilatérale de contrat à un

réaliser¹, de faire un contrat², de consentir³, de donner un consentement⁴, ou de conclure⁵. Or, ces obligations ne permettent pas de déterminer si le consentement du promettant est présent ou futur, donc elles ne peuvent emporter l'adhésion.

En revanche, la définition avec obligation de manifester un consentement a été utilisée pour désigner seulement la promesse unilatérale de contrat relative à un consentement futur⁶. Or, cette définition est intéressante, mais cette manifestation du consentement est insuffisante, parce que seule sa notification au bénéficiaire lui permet d'y répondre. C'est pourquoi nous

consentement présent : C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 5, 5^e éd., 1907, § 349, p. 6 ; M. Benoist, *Des constructions élevées par un preneur avec promesse de vente*, th. Paris, 1911, p. 11 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 73 ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 43 et s. ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 93 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 126 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 768 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 92. Rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur ou présent : CA Paris, 10 mai 1826 : D. 1827, 2, p. 185 ; P.-L. Championnière, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques*, t. 3, 2^e éd., 1839, n° 1749 ; R.-T. Troplong, *De la vente*, 1844, p. 66 ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 6, 7^e éd., 1875, p. 168 et s. ; F. Verdier, *Transcription hypothécaire*, t. 1, 2^e éd., 1881, n° 46 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 2^e éd., LGDJ, 1902, n° 1404 ; C. Beudant, *Cours de droit civil français, La vente et le louage*, 1908, p. 25 et s. ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 266 ; J. Blazy, *Promesses de vente et droits fiscaux*, th. Toulouse, 1941, p. 18 et s.

¹ Rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur : J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 10, 1785, p. 603 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 70. Rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement présent : P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 51 et s. ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 94.

² Rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur : N. Chorier, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape*, 1692, p. 238 ; B.-L. Molières-Fonmaur, *Traité des droits de quint, lods et ventes*, t. 1, 1778, p. 193 et s. ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 23 ; N. Matulesco, *De la promesse unilatérale de société*, th. Paris, 1923, p. 2. Rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement présent : P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 11 et 83 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 130. Rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur ou présent : P.-L. Championnière, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques*, t. 1, 2^e éd., 1839, n° 65 ; P.-L. Championnière, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques*, t. 3, 2^e éd., 1839, n° 1746 et s. ; CA Amiens, 24 août 1839 : S. 1843, 2, p. 403 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 266.

³ Rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur : L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 174 ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 22. Rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement présent : F. Vincent, *De l'idée de lésion dans les promesses de vente*, th. Lyon, 1926, p. 44 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 94. Rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur ou présent : P.-L. Championnière, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques*, t. 1, 2^e éd., 1839, n° 65 ; P.-L. Championnière, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques*, t. 3, 2^e éd., 1839, n° 1746 et s. ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 267.

⁴ Rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur : L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 153, 169 et 174 ; J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 99 ; N. Matulesco, *De la promesse unilatérale de société*, th. Paris, 1923, p. 3 et 107. Rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement présent : P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 83 et 96 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 130 et 140.

⁵ Rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur : P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 69 ; N. Matulesco, *De la promesse unilatérale de société*, th. Paris, 1923, p. 14. Rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement présent : É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 150 et s. ; H. Boyer, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1931, p. 10 ; J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46, n° 3 ; J. Schmidt-Szalewski, D. 1977, jurispr. p. 593 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 149-1 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 820 et s. ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 92 et s. ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 767 et s. ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 208 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 22 et 54 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 133 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 208. Rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur ou présent : C. Beudant, *Cours de droit civil français, La vente et le louage*, 1908, p. 25 et s.

⁶ L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 172 et 174 ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente*

préférons l'obligation de notifier un consentement futur afin de définir la promesse unilatérale de contrat relative à un consentement futur.

403. Les définitions de deux promesses unilatérales. Marginalement, deux auteurs opposèrent deux promesses unilatérales de contrat.

En 1949, Louis Boyer distingua le pacte d'option, qui était selon lui l'institution la plus généralement étudiée en France sous le nom de promesse de contrat et contenait un droit potestatif d'option sans obligation, et la promesse de vente au sens strict, connue dès l'Ancien Droit, créant une obligation de réaliser un fait subordonnant la formation de la vente, à laquelle les parties avaient déjà donné leur consentement dans la promesse¹. Or, nous verrons lors de l'étude de la définition de la promesse unilatérale de contrat avec droit d'option et sans obligation, les raisons pour lesquelles nous n'y adhérons pas. Parallèlement, nous ne partageons pas cette vision de la promesse unilatérale de contrat née dans l'Ancien Droit, car cette dernière est relative à un consentement futur et non présent.

En 1985, Mme Geninet distingua dans sa théorie générale des avant-contrats deux promesses unilatérales. D'une part, le pacte d'option était né selon cet auteur d'une déformation de la définition de la promesse unilatérale de contrat de Pothier et contenait l'offre et une obligation de considérer le contrat promis conclu par la levée de l'option. Toutefois, cette obligation n'a pas de réel objet puisqu'elle n'exige pas de prestation positive, et elle ne ferait pas obstacle à la disparition de la promesse unilatérale de contrat par caducité, causée par exemple par la vente du bien objet de la promesse à un tiers lorsque le vendeur n'a qu'un bien de cette nature dans son patrimoine. Parallèlement, cette promesse n'est pas une déformation de la définition de Pothier mais une création à partir de celle de l'avant-contrat de Demolombe. D'autre part, la promesse unilatérale de contrat créant une obligation d'organiser la perfection du contrat définitif définie comme un élément de formation du contrat reposant sur un acte de consentement, ou une obligation de consentir, l'offre du contrat principal n'étant pas complètement élaborée au stade de la promesse². Premièrement, l'idée d'obligation d'organiser la perfection est floue : elle désigne mal la conclusion du contrat car un contrat peut exister sans être parfait en l'absence d'une de ses conditions de validité, donc elle désigne mieux ces dernières, mais reste ambiguë car elle peut aussi viser la création et

immobilière, th. Paris, 1898, p. 23.

¹ L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats*, RTD civ. 1949, p. 1, n° 21 et 27 et s.

² M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 177, 178, 188 et s., 214, 402 et 448.

l'exigibilité de ses effets. Deuxièmement, l'idée selon laquelle cette obligation exige un acte de consentement est intéressante mais insuffisante, parce que la manifestation du consentement ne suffit pas : il faut une notification du consentement au créancier de l'obligation de cette promesse unilatérale de contrat relative à un consentement futur pour que celui-ci puisse lui aussi manifester son consentement et former le contrat. Troisièmement, l'affirmation de l'absence d'élaboration complète de l'offre du contrat promis au stade de la promesse est ambiguë, car cette offre n'existe absolument pas à ce stade.

404. La critique d'absence d'action. De nombreux auteurs ont affirmé, avant¹, et surtout après les arrêts de 1993², que le promettant n'a rien à faire. Or, concrètement le promettant n'a rien à faire avec la promesse unilatérale de contrat relative à un consentement présent, donc la critique est pertinente. Néanmoins, nous pensons que celle-ci crée une obligation de ne pas anéantir le consentement contenu en elle. Certes, la volonté unilatérale du promettant de révoquer cette promesse avec le consentement contenu dans cette dernière est inefficace en vertu de l'irrévocabilité unilatérale du contrat. Mais cette obligation de non-anéantissement est la seule interdisant au promettant de rendre la promesse caduque par conclusion avec un tiers d'un contrat identique à celui promis. Parallèlement, l'autre promesse unilatérale de contrat, relative à un consentement futur, crée à notre sens une obligation de notifier ce consentement.

405. La critique de l'existence du consentement. Selon certains auteurs, la promesse unilatérale de contrat ne pourrait pas créer d'obligation de donner³, ou réitérer⁴, un consentement, de conclure⁵, de contracter⁶, de passer le contrat⁷, de consentir¹, car le promettant a déjà donné son consentement au contrat lors de la conclusion de la promesse. Certes, ces affirmations sont pertinentes pour la promesse unilatérale de contrat relative à un

¹ L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats*, RTD civ. 1949, p. 1, n° 27 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 187.

² AJDI 1994, p. 351, obs. M. Azencot ; D. 1994, p. 230, obs. O. Tournafond ; JCP G, 1995, II, 22366, n° 6, obs. D. Mazeaud ; JCP G, 1995, II, 22491, n° 5, obs. C. Larroumet ; D. 1995, somm. p. 87, obs. L. Aynès ; RDI 1996, p. 589, obs. J.-C. Groslière ; LPA, 23 avr. 1997 n° 49, p. 18, R.-N. Schütz ; R.-N. Schütz, *L'exécution des promesses de vente*, Defrénois 1999, art. 37021 ; RDC 2004, p. 270, obs. D. Mazeaud ; D. Mazeaud, *L'exécution des contrats préparatoires*, RDC 2005, p. 61, n° 7 ; LPA 13 oct. 2008 n° 205, p. 13, n° 7, obs. A. Lebois ; JCP G 2010, p. 1051, note G. Pillet ; Defrénois 2010, 39170, p. 2123, note L. Aynès ; O. Barret, Rép. civ. Dalloz, V° *Promesse de vente*, 2011, n° 109 ; RDC 2011, p. 153, obs. P. Brun ; D. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud ; RDC 2011, p. 1133, obs. Y.-M. Laithier ; G. Wicker, *L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif*, RDC 2012, p. 649 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-105 ; AJCA 2015, p.320, note J. Dubarry.

³ F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 187.

⁴ JCP G, 1995, II, 22491, n° 5, obs. C. Larroumet ; D. Mazeaud, *Exécution des contrats préparatoires*, RDC 2005, p. 61, n° 8 ; *Lamy Droit du contrat*, 2015, n° 126-105.

⁵ O. Barret, Rép. civ. Dalloz, V° *Promesse de vente*, 2011, n° 109 ; G. Wicker, *L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif*, RDC 2012, p. 649 ; *Lamy Droit du contrat*, 2015, n° 126-105.

⁶ P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771.

⁷ P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771.

consentement présent, car le promettant n'est pas obligé de manifester et de notifier son consentement à l'avenir. En revanche, ces affirmations ne sont pas pertinentes pour la promesse unilatérale de contrat relative à un consentement futur, car celle-ci crée une obligation de faire dont l'objet est la notification de ce consentement.

406. La critique de l'obligation portant sur un consentement. Il a été soutenu qu'il est impossible de s'obliger à consentir², ou à vouloir³, de consentir à consentir⁴, mais aussi que le consentement ne peut être l'objet d'une obligation⁵. En particulier, Mme Fabre-Magnan s'oppose à toute obligation de donner un consentement à l'avenir qui serait contraire à la liberté contractuelle⁶. Cependant, trois séries d'arguments techniques, politiques et historiques, permettent d'affirmer qu'il est possible de conclure un contrat créant une obligation de notifier un consentement futur.

Techniquement, la liberté contractuelle est la liberté de manifester ou non une volonté de contracter et de déterminer son contenu et sa forme. Par suite, elle permet de conclure un contrat créant une obligation de notifier un consentement futur, librement consentie.

Politiquement, le libéralisme est favorable à l'efficacité économique, commande de limiter les obstacles à la formation du contrat et exige une exécution du contrat conclu. Ainsi, il est favorable à la possibilité de conclure un contrat créant une obligation de notifier un consentement à l'avenir, dont les applications sont diverses.

Historiquement, l'Ancien Droit connaissait la promesse unilatérale de contrat relative à un consentement futur, puis les travaux préparatoires de l'article 1589 du Code civil consacrant les idées libérales de la Révolution de 1789 dans le droit civil économique, reprisent cette conception de la promesse de contrat comme contrat relatif à un consentement futur, que des auteurs évoquaient jusque dans la première partie du XX^e siècle. Ainsi, cette conception était connue sous des régimes politiques postérieurs à la Révolution et très attachés à la liberté contractuelle ; elle persiste aussi à nos yeux dans le pacte de préférence, connu dès l'Ancien Droit, et le contrat-cadre ayant pris son essor sous la Troisième République. En conséquence,

¹ G. Wicker, *L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif*, RDC 2012, p. 649.

² F. Collart Dutilleul, *La durée des promesses de contrat*, RDC 2004, p. 15.

³ L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contracts*, RTD civ. 1949, p. 1, n° 14 et 21.

⁴ D. 2011, p. 2838, obs. C. Grimaldi.

⁵ P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771 ; Defrénois 2010, 39170, p. 2123, note 7, note L. Aynès.

⁶ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 252 ; M. Fabre-Magnan, *De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente*, D. 2015, p. 826 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 4^e éd., 2016, n° 251 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 399.

elle n'est pas interdite mais est bien vivante.

Ainsi, de nombreuses définitions de la promesse unilatérale de contrat, essentiellement antérieures à la réforme de 2016, soutiennent que celle-ci crée une obligation de faire différente du maintien du consentement ; d'autres, surtout antérieures à 1993, affirment que cette promesse crée une obligation de maintien de consentement.

2. Les définitions avec obligation de faire imposant le maintien du consentement

407. Le contenu de ces définitions. La promesse unilatérale de contrat a été définie avec une obligation de maintien du consentement, par de nombreuses sources, à la suite de l'idée d'avant-contrat de Demolombe de 1868 jusqu'aux arrêts du 15 décembre 1993, ayant reconnu l'impossibilité de l'exécution forcée de son obligation de faire. D'une part, des sources nombreuses évoquaient une obligation de maintien d'une offre, généralement sans préciser¹, et rarement en précisant², que cette offre était contenue dans la promesse. D'autre part, de rares sources évoquaient une obligation de maintien du consentement, sans préciser³, ou en précisant⁴, que ce consentement était contenu dans la promesse. Or, il n'a guère été remarqué la grande différence entre le contrat créant une obligation de non-anéantissement d'une offre extérieure à lui et le contrat créant une obligation de non-anéantissement d'un consentement contenu en lui.

Primo, le contrat créant une obligation de non-anéantissement d'offre extérieure à lui est l'avant-contrat de Demolombe, lequel comporte une faiblesse technique lui retirant tout intérêt pratique. En effet, l'offre est ici extérieure à ce contrat car antérieure à lui. En conséquence, si le débiteur de l'obligation de ne pas anéantir l'offre manifeste la volonté de révoquer cette dernière, cette volonté est efficace, donc l'offre est anéantie. Par suite, le

¹ R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 77 et 78 ; Cass. req., 26 mai 1908 : DP 1909, 1, 425 et s. ; R. Lévrier, *Contribution à l'étude des promesses de vente*, th. Bordeaux, 1920, p. 118 et 144 ; G. Rebour, *De la clause d'option dans les contrats*, th. Paris, 1927, n° 23 ; H. Boulard, *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Paris, 1927, p. 13 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 11 et s. et p. 91 ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 43 et s. ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 8 et s. ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 93 et 140 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, n° 21 ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 48 et 187 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 127 ; JCP N 1995, I, 194, obs. A. Terrasson de Fougères ; Cass. 3^e civ., 26 juin 1996, n° 94-16.326 : Bull. civ. III, n° 165 ; J. Schmidt-Szalewski, *La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats*, RTD civ. 2000 p. 25 ; Cass 3^e civ., 28 oct. 2003, n° 02-14.459 : Inédit ; JCP E 2006, 1463, note A. Constantin.

² É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 161 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 51 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 499 et 504.

³ RTD civ. 1994, p. 588, obs. J. Mestre.

⁴ É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 154 ; H. Boyer, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1931, p. 49 ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 68 et s. ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 487, 491 et 519 ; J. Schmidt-Szalewski, *La période précontractuelle en droit français*, RID comp. 1990, p. 545 et s.

créancier de cette obligation devait demander en justice l'exécution forcée de cette obligation, sous forme d'anéantissement de la révocation de l'offre, mais le juge pouvait la refuser par interprétation littérale de l'ancien article 1142 du Code civil affirmant que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résolvait en dommages et intérêts.

Secundo, la promesse unilatérale créant une obligation de non-anéantissement du consentement du promettant contenu en elle est beaucoup plus solide. En effet, le principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat rend inefficace la volonté du promettant de révoquer cette promesse contenant le consentement, en ce sens que le promettant peut manifester cette volonté qui ne produit pas seule son effet d'anéantissement de cette promesse.

408. La critique de l'absence d'action. De nombreux auteurs se sont opposés à l'existence dans la promesse unilatérale de contrat relative à un consentement présent d'une obligation de maintien d'offre ou de consentement, surtout après les arrêts du 15 décembre 1993¹. En effet, selon ces auteurs, cette promesse n'exige concrètement aucun fait positif. Or, cette obligation n'est pas interdite par la théorie de l'objet de l'obligation : elle constitue une abstraction envisageable. Cependant, afin d'échapper à cette critique, qui étonnamment n'est pas réalisée contre l'idée d'obligation légale de maintien d'offre, il suffit de retenir que cette promesse crée une obligation de ne pas anéantir le consentement contenu en elle.

409. La critique de l'inutilité de l'obligation. Certains auteurs affirment qu'une obligation de maintien ne serait pas nécessaire afin d'interdire la révocation de la promesse unilatérale de contrat, car cette révocation est nulle², sans effet³, ou impossible⁴, en raison du principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat. Plus généralement, ils soutiennent que la promesse unilatérale doit être maintenue car cette dernière doit être exécutée en vertu du principe de force obligatoire du contrat⁵. Certes, ce principe d'irrévocabilité unilatérale du

¹ I. Najjar, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris, 1966, n° 20 et s. ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 32 ; AJDI 1994, p. 351, obs. M. Azencot ; D. 1994, p. 230, obs. O. Tournafond ; JCP G, 1995, II, 22366, n° 6, obs. D. Mazeaud ; LPA, 23 avr. 1997 n° 49, p. 18, R.-N. Schütz ; Y. Paclot et E. Moreau, *L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente*, JCP 2011, n° 25, doct. 736, n° 11 ; RDC 2004, p. 270, obs. D. Mazeaud ; D. Mazeaud, *L'exécution des contrats préparatoires*, RDC 2005, p. 61, n° 7 ; LPA 13 oct. 2008 n° 205, p. 13, n° 7, obs. A. Lebois ; O. Barret, Rép. civ. Dalloz, V° *Promesse de vente*, 2011, n° 109 ; Y. Paclot et E. Moreau, *L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente*, JCP 2011, n° 25, doct. 736, n° 10 ; JCP E 2011, p. 1670, note Y. Paclot ; G. Wicker, *L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif*, RDC 2012, p. 649 ; N. Molfessis, *De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente*, D. 2012, p. 231.

² H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 135-2.

³ RDC 2004, p. 270, obs. D. Mazeaud.

⁴ I. Najjar, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris, 1966, n° 20 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 187 ; Y. Paclot et E. Moreau, *L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente*, JCP 2011, n° 25, doct. 736, n° 12.

⁵ F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 187 ; JCP G, 1995, II, 22366, n° 5, obs. D. Mazeaud ; RDC 2004, p. 270, obs. D. Mazeaud ; D. Mazeaud, *Exécution des contrats préparatoires*, RDC 2005, p. 61, n° 8 ; Y. Paclot et E. Moreau, *L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente*, JCP 2011, n° 25, doct. 736, n° 12 ; D. 2011, p. 2838,

contrat rend inefficace la volonté unilatérale du promettant de révoquer la promesse unilatérale de contrat contenant le consentement du promettant. Néanmoins, ce principe n'interdit pas de réaliser un acte rendant caduque la promesse unilatérale, comme un acte de disposition de l'objet de la vente à la conclusion de laquelle elle tend. En effet, cet acte ne constitue pas une manifestation de volonté de produire un effet d'anéantissement de la promesse unilatérale de contrat, n'est pas une manifestation de volonté unilatérale de révoquer la promesse et n'est pas inefficace en vertu du principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat. Ainsi, une obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant est indispensable.

410. La critique de l'efficacité du consentement. Il a été soutenu que le promettant ne peut pas s'obliger à maintenir son consentement jusqu'à l'exercice de l'option, car une fois donné, le consentement produit son effet, qui est l'engagement, sans devoir être maintenu¹. Cependant, le consentement, une fois créé par la conclusion de la promesse unilatérale, ne produit pas son effet de conclusion du contrat promis, qui sera produit lorsque le consentement du bénéficiaire sera manifesté et produira son effet de conclusion.

411. La critique de l'atteinte à la liberté. Mme Fabre-Magnan affirme que le principe de liberté contractuelle s'oppose à toute obligation de consentir².

D'abord, elle soutient qu'il est impossible d'objectiver le consentement du promettant en l'insérant dans une promesse unilatérale de contrat, car le consentement est l'expression d'une subjectivité et le prolongement d'une personne qui ne peut être détaché de cette dernière, donc la promesse ne peut contenir le consentement, qui ne peut être que promis. Cependant, si ce consentement peut être contenu dans un acte juridique unilatéral, d'offre ou d'acceptation, rien n'interdit techniquement qu'il soit contenu dans un contrat : dans tous ces cas, la volonté extériorisée se détache de la personne, sans qu'aucune considération d'objectivité ou de subjectivité ne soit pertinente.

Ensuite, elle considère qu'est impossible une obligation de maintien du consentement, car une obligation ne peut porter sur quelque chose qui est au pouvoir et non sur quelque chose du for intérieur. Néanmoins, l'obligation de ne pas anéantir le consentement porte non

obs. C. Grimaldi.

¹ Defrénois 2010, 39170, p. 2123, note 7, note L. Aynès.

² M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 252 ; M. Fabre-Magnan, *De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente*, D. 2015, p. 826 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 4^e éd., 2016, n° 251 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 399.

sur quelque chose relevant du for intérieur, mais sur un consentement extériorisé.

Enfin, elle affirme qu'il est impossible de figer, bloquer, geler définitivement le consentement, prêt à resservir, car il ne peut être donné irrévocablement, que ce soit par une obligation, ou par le principe de force obligatoire du contrat et son corrélat de l'irrévocabilité unilatérale du contrat, car la volonté de contracter doit être librement exprimée lorsque le consentement est requis en vertu de la liberté contractuelle. Cependant, trois séries d'arguments techniques, politiques et historiques permettent d'affirmer qu'il est possible de conclure un contrat contenant un consentement présent à un contrat promis.

Techniquement, la liberté contractuelle est la liberté de manifester ou non une volonté de contracter et de déterminer son contenu et sa forme. En conséquence, cette liberté permet de conclure la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement de l'article 1124 du Code civil, car ce consentement est donné librement. Inversement, cette liberté n'exige pas que ce consentement puisse être révoqué après avoir été manifesté, car elle est la liberté de manifester ou non un consentement au contrat, non celle de le révoquer. À ce titre, l'éventuelle divergence entre la volonté extériorisée dans la promesse unilatérale de contrat et la volonté interne du promettant ne voulant plus vendre, ne viole pas la liberté contractuelle, dont le respect s'apprécie lors de la conclusion de la promesse.

Politiquement, le libéralisme est favorable à l'efficacité économique, commande de limiter les obstacles à la formation du contrat et exige une exécution du contrat conclu. Ainsi, il est favorable à la possibilité de conclure un contrat contenant un consentement à un autre contrat, dont la raison d'être est d'interdire à son auteur de l'anéantir par révocation ou acte rendant caduc ce contrat contenant ce consentement.

Historiquement, la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement présent est née au XIX^e siècle et a pris son essor sous les Troisième, Quatrième et Cinquième Républiques, qui sont des régimes politiques attachés à la liberté contractuelle. Par suite, rien dans la conception française de la liberté contractuelle en général et dans sa consécration constitutionnelle n'interdit cette promesse unilatérale de l'article 1124.

Ainsi, parmi les définitions de la promesse unilatérale avec obligation de faire, surtout antérieures aux arrêts du 15 décembre 1993, aucune ne convainc. Parallèlement, d'autres définitions de cette promesse ne recourent pas à l'obligation de faire.

B. Les définitions des promesses unilatérales de contrat sans obligation de faire

412. Les définitions de la promesse unilatérale de contrat sans obligation de faire

comportent une obligation de ne pas faire (1) ou n'en contiennent pas (2).

1. Les définitions des promesses unilatérales de contrat avec obligation négative

413. Le contenu de ces définitions. Il existe une certaine diversité dans ces définitions apparues à la suite de l'idée d'un avant-contrat de Demolombe.

Un premier groupe de ces définitions n'emporte pas le suffrage car celles-ci interdisent de disposer de la chose promise au profit d'un tiers¹, et plus généralement de ne pas conclure un contrat avec un tiers². Néanmoins, la promesse unilatérale de contrat relative à un consentement présent a été créée à la suite de l'idée d'avant-contrat de Demolombe afin d'insérer le consentement du promettant dans un contrat et d'interdire d'anéantir ce consentement, soit par révocation, soit par acte causant la caducité. Dès lors, cela permet d'écarter les idées de priorité ou d'exclusivité dans cette promesse et d'obligation de ne pas conclure un contrat avec un tiers, car l'obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant interdit à ce dernier la conclusion d'un contrat avec un tiers seulement si cette conclusion rend caduque la promesse.

Un deuxième groupe de ces définitions évoque une obligation de ne pas faire d'acte dont la conséquence est l'impossibilité de la conclusion du contrat promis³. Toutefois, c'est bien l'anéantissement du consentement qui est interdit, car lorsque le consentement du promettant a disparu, la levée d'option n'est plus possible.

Un troisième groupe de ces définitions affirme que cette promesse crée une obligation de ne pas faire disparaître l'un des éléments essentiels déjà présents du contrat envisagé⁴, ou de ne pas retirer le consentement⁵. Or, ces idées se rapprochent de notre définition, selon laquelle la promesse unilatérale de contrat de l'article 1124 crée une obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant contenu en elle.

414. La critique de l'oubli d'une prérogative. Il a été affirmé qu'une telle obligation de ne pas faire d'acte faisant obstacle à la levée d'option ne rend pas compte de la prérogative

¹ C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 209 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 208 ; LPA, 23 avr. 1997, n° 49, p. 18, R.-N. Schütz ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 105.

² P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 208 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 208 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 54 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 208.

³ P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 94 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif*, t. 2, 1939, n° 1072 et s. ; C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 221 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 140 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 189.

⁴ F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 189 ; D. 1994, somm. p. 230, obs. O. Tournafond ; JCP N 1995, I, 194, obs. A. Terrasson de Fougères.

⁵ J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 105.

offerte au bénéficiaire par une promesse unilatérale de vente, qui peut former la vente par sa seule volonté¹. C'est pourquoi nous considérons que la promesse unilatérale de contrat relative à un consentement présent a deux effets essentiels : une obligation de ne pas anéantir le consentement contenu dans la promesse, et un effet de conclusion produit par ce consentement lorsque le consentement manifesté dans la levée d'option du bénéficiaire produit son effet de conclusion.

415. La critique de l'inutilité de l'obligation. Il a été soutenu que l'obligation de ne pas faire, consistant à ne pas révoquer son offre et à ne pas contracter avec autrui, est inutile en raison du principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat², et que l'obligation de ne pas faire d'acte contredisant la promesse ne saurait constituer l'objet même de l'engagement du promettant, si bien que cette obligation ne serait pas un engagement spécifique, mais serait présente dans tout contrat, en vertu de principe de force obligatoire du contrat³. Certes, ce principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat, corrélat du principe de force obligatoire du contrat, rend inefficace la manifestation de volonté unilatérale de révocation de la promesse unilatérale de contrat. En revanche, ce principe n'interdit pas de réaliser un acte rendant caduque la promesse unilatérale de contrat et faisant disparaître le consentement du promettant. Seule l'obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant interdit un tel acte rendant la promesse caduque.

Ainsi quelques définitions de la promesse unilatérale contenant un consentement, avec obligation de ne pas faire se rapprochent de celle que nous retenons. Inversement, aucune de ses définitions sans obligation n'emporte notre suffrage.

2. Les définitions des promesses unilatérales de contrat sans obligation positive ou négative

416. L'obligation de donner. La définition de la promesse unilatérale de contrat avec obligation de donner a existé surtout au XIX^e siècle⁴, mais est très largement critiquée⁵. En

¹ L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contracts*, RTD civ. 1949, p. 1, n° 28 ; I. Najjar, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris, 1966, n° 22.

² D. Mazeaud, *Exécution des contrats préparatoires*, RDC 2005, p. 61, n° 10.

³ G. Wicker, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. Perpignan, 1994, LGDJ, 1997, n° 142 et 143 ; G. Wicker, *L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif*, RDC 2012, p. 649.

⁴ A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 16, 1833, n° 52 ; J.-I.-B. Coulon, *Questions de droit*, 1853, n° 158 ; F. Mourlon, *De la transcription*, 1862, p. 94 ; C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, vol. 25, 1^{re} éd., 1869, n° 325 et s. ; E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, t. 7, 1873, n° 10 bis V ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 452 ; T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 10, 1897, n° 29 ; P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 150 et s. ; R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, n° 35 et s. et p. 89 et 94 ; DP 1932, 2, 136, note M. Nast ; AJDI 1994, p. 351, obs. M. Azencot ; RDC 2011, p. 1133, obs. Y.-M. Laithier.

⁵ É. Leduc, *Des avant-contracts*, th. Paris, 1909, p. 38 et s. ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 268 ; L. Boyer, *Les*

effet, la promesse unilatérale contenant un consentement ne contient pas une obligation de donner, son but étant d'interdire l'anéantissement de ce consentement au contrat promis, lequel n'est pas formé pour le moment, même avec la moitié de son contenu.

417. L'obligation spécifique. Quelques auteurs ont soutenu entre les arrêts du 15 décembre 1993 et la réforme de 2016 que la promesse unilatérale de contrat crée une obligation spécifique d'immobilisation d'un bien¹, ou une obligation de *praestare*, c'est-à-dire de mise à disposition². Cependant, le but de la promesse est d'interdire au promettant d'anéantir son consentement : il n'est pas l'immobilisation d'un bien, laquelle est une notion de comptabilité et de fiscalité, ou la mise à disposition d'un bien, car le promettant propriétaire conserve la propriété de celui-ci et donc sa disposition.

418. Le consentement seul. Entre les arrêts du 15 décembre 1993 et l'ordonnance de 2016, plusieurs auteurs ont affirmé que la promesse unilatérale de contrat ne contient que le consentement du promettant, afin de ne pas retenir l'existence d'une obligation de faire avec pour objet le maintien de l'offre, qui pouvait justifier ces arrêts, avec une application littérale de l'ancien article 1142 du Code civil³. Ainsi, selon les partisans de cette définition, le principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat interdit la révocation unilatérale par le promettant. Certes, en vertu de ce principe, la volonté du seul promettant ne peut produire son effet de révocation sans que le bénéficiaire ait manifesté sa volonté de révoquer la promesse. En revanche, ce principe n'empêche pas le promettant de réaliser un acte rendant caduque la promesse unilatérale de contrat. En effet, seule une obligation de ne pas anéantir le consentement peut interdire cet acte.

419. L'exclusivité. Après ces arrêts du 15 décembre 1993 et pour éviter de raisonner en termes d'obligation, certains auteurs ont soutenu que la promesse unilatérale de contrat

promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats, RTD civ. 1949, p. 1, n° 26 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 139 et s. ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris I, 1982, n° 30 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 10 ; D. 1994, p. 507, note F. Bénac-Schmidt ; AJDI 1994, p. 351, obs. M. Azencot ; D. 1995, p. 87, obs. L. Aynès ; M. Fabre-Magnan, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ. 1996, p. 85, n° 17 ; LPA, 23 avr. 1997 n° 49, p. 18, R.-N. Schütz ; LPA, 30 mai 1997 n° 65, p. 25, n° 16, B. Bevière ; D. Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter*, RTD civ. 2004, p. 1, n° 20 ; Defrénois 2010, 39170, p. 2123, note L. Aynès ; RDC 2011, p. 57, T. Genicon ; O. Barret, Rép. civ. Dalloz, V° *Promesse de vente*, 2011, n° 102 ; RDC 2011, p. 153, obs. P. Brun ; G. Wicker, *L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif*, RDC 2012, p. 649 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 66 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 193 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 767.

¹ D. 1994, p. 507, note F. Bénac-Schmidt ; D. 1995, p. 87, obs. L. Aynès ; Defrénois 2010, 39170, p. 2123, note L. Aynès.

² G. Pignarre, *À la redécouverte de l'obligation de praestare*, RTD civ. 2001, p. 41 et s. ; RDC 2011, p. 153, obs. P. Brun.

³ JCP G 1995, II, 22491, n° 10, obs. C. Larroumet ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 135-2 ; P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771 ; LPA, 13 oct. 2008, n° 205, p. 13, n° 7, obs. A. Lebois ; Y. Paclot et E. Moreau, *L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente*, JCP 2011, n°

créé une exclusivité pour la conclusion d'un contrat¹. Or, cette idée ne peut emporter l'adhésion, car cette promesse unilatérale contenant un consentement est une création inspirée de l'avant-contrat de Demolombe, qui visait à remédier à l'insécurité inhérente à l'efficacité de la révocation de l'offre, en bloquant le consentement du promettant dans un contrat créant une obligation de ne pas l'anéantir, laquelle crée une exclusivité par interdiction au promettant de conclure avec un tiers seulement si cette conclusion rend caduque la promesse.

420. Le droit d'option. Les définitions de la promesse unilatérale de contrat relative à un consentement présent, qui évoquent un droit d'option se sont multipliées au XX^e siècle. Plus précisément, les définitions ajoutant à ce droit d'option une obligation², étaient majoritaires avant la jurisprudence du 15 décembre 1993, mais les définitions n'ajoutant pas d'obligation à ce droit d'option sont majoritaires depuis 1993³. À ce titre, la réforme de 2016 a défini la promesse unilatérale de contrat à l'article 1124 comme le contrat accordant un droit d'opter pour la conclusion d'un contrat pour laquelle manque le consentement du bénéficiaire.

25, doct. 736, n° 13 ; G. Wicker, *L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif*, RDC 2012, p. 649.

¹ RDC 2004, p. 270, obs. D. Mazeaud ; D. Mazeaud, *Exécution des contrats préparatoires*, RDC 2005, p. 61 ; P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2006, article 1106 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 284.

² R. Lévrier, *Contribution à l'étude des promesses de vente*, th. Bordeaux, 1920, p. 148 ; Y. Chevallier, *Annulation des promesses de vente d'immeuble pour lésion postérieure à la promesse*, th. Paris, 2^e éd., 1924, p. 32 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 40 ; F. Vincent, *De l'idée de lésion dans les promesses de vente*, th. Lyon, 1926, p. 33 ; G. Rebour, *De la clause d'option dans les contrats*, th. Paris, 1927, n° 23 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 514 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 267 ; J.-C. Levret, *Les promesses de contrat au point de vue fiscal*, th. Paris, 1937, p. 20 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 11 et s. et p. 91 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif*, t. 2, 1939, n° 1072 et s. ; J. Blazy, *Promesses de vente et droits fiscaux*, th. Toulouse, 1941, p. 18 et s. ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 43 et s. ; C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 221 ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 2 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 99 ; J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46, n° 3 ; J. Schmidt-Szalewski, D. 1977, jurispr. p. 593 et s. ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 188 et s. ; D. 1995, p. 87, L. Aynès ; LPA, 23 avr. 1997, n° 49, p. 18, R.-N. Schütz ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 51 ; JCP N 2009, n° 1, p. 26, obs. S. Piedelièvre ; Defrénois 2010, 39170, p. 2123, note L. Aynès ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2011, n° 60 et 105 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 820 et s. ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 92 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 191 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 123 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 92 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 60 et 105 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 208.

³ L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats*, RTD civ. 1949, p. 1, n° 27 ; I. Najjar, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris, 1966, n° 17 à 24 ; Defrénois 1994, p. 795, obs. P. Delebecque ; D. 1995, p. 87, L. Aynès ; JCP 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; Defrénois 2010, 39170, p. 2123, note L. Aynès ; Defrénois 2011, p. 1023, note L. Aynès ; D. 2011, p. 1457, D. Mazeaud ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 240 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 448 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 56 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-10 ; D. Mainguy, *Promesse unilatérale et pacte de préférence : des définitions inopérantes*, Dr. et patr., 2014, n° 240 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 260 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122.151 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 179 et s. ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 258 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 215 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 256 ; C. Lachèze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 232 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 284 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 79 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 396 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 205 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 60.

Cependant, cette notion de droit d'option est insuffisante, inutile et n'a pas de nature claire.

421. L'insuffisance et l'inutilité du droit d'option. Pour nous la notion de droit d'option n'est ni nécessaire ni suffisante, pour décrire rigoureusement, au plan technique, les effets contenus dans la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement présent puis la formation du contrat visée.

D'une part, la conclusion du contrat n'est pas l'effet d'un quelconque droit d'option, mais elle est un effet essentiel à la promesse unilatérale de contrat, produit par le consentement du promettant contenu dans cette promesse, lorsque ce dernier rencontre le consentement du bénéficiaire manifesté dans une levée d'option. Par suite, il ne faut pas affirmer que la promesse unilatérale de contrat contient un droit d'option, sans évoquer expressément le fait que celle-ci comporte le consentement complet du promettant. Pourtant, les définitions de la promesse axées exclusivement sur le droit d'option et sans obligation mentionnent majoritairement l'existence du consentement du promettant au futur contrat dès la conclusion de la promesse¹, mais affirment rarement de manière expresse et claire cette présence du consentement dans la promesse². En particulier, l'alinéa 1^{er} de l'article 1124 du Code civil se contente d'affirmer que la promesse unilatérale de contrat crée un droit d'option au profit du bénéficiaire et qu'il manque pour la formation du contrat le seul consentement de celui-ci, sans évoquer expressément la présence du consentement du promettant dans la promesse. Ainsi, par une interprétation *a contrario*, l'existence du consentement du promettant est déduite, mais l'affirmation expresse de cette présence du consentement du promettant dans cette promesse était absolument fondamentale afin de condamner la jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle le promettant pouvait se rétracter, puisqu'il suffisait alors de reconnaître l'irrévocabilité unilatérale de la promesse. Malheureusement, en son absence, certains plaideurs pourraient être tentés de ressusciter la jurisprudence du 15 décembre 1993, qui définissait la promesse comme créatrice d'une obligation de maintien d'offre et

¹ D. 1995, p. 87, L. Aynès ; JCP 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; Defrénois 2010, 39170, p. 2123, note L. Aynès ; Defrénois 2011, p. 1023, note L. Aynès ; D. 2011, p. 1457, D. Mazeaud ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 56 ; P. Puig, *La phase précontractuelle*, Dr. et patr. n° 258, mai 2016, p. 52 ; M. Poumarède et D. Savouré, *Les avant-contrats*, Dr. et patr. 2016, n° 262, p. 39 ; M. Mekki, *Les contrats préparatoires, principes et clauses contractuelles*, JCP N 2016, n° 1112 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 30 ; M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 34 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 179 et s. ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 257 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 53 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 260 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 97 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 79 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 196 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 163 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 60.

² D. 1995, p. 87, L. Aynès ; D. 2011, p. 1457, D. Mazeaud ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 181, note 192 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1098.

reconnaissait la possibilité au promettant de révoquer son offre et l'impossibilité d'une exécution forcée de l'obligation de maintien d'offre. En effet, le recours au concept d'option était parfois attaché à l'obligation de maintien d'offre avant 2016¹, donc l'évocation d'un droit d'option par l'article 1124, sans mention expresse de la présence du consentement dans la promesse, n'exclut pas littéralement que ce consentement soit une offre extérieure à la promesse. C'est pourquoi, ne peut convaincre l'idée selon laquelle la définition de l'article 1124 suggère la sanction de la rétractation fautive du promettant² : l'affirmation expresse de la présence de ce consentement du promettant dans la promesse est fondamentale pour le problème de la volonté du promettant d'anéantir son consentement, qui est réglé par l'irrévocabilité unilatérale du contrat dès lors que le consentement est dans la promesse.

D'autre part, le droit d'option est une notion insuffisante pour empêcher le promettant de faire disparaître son consentement. Certes, dès lors que la promesse unilatérale est présentée comme un contrat contenant le consentement du promettant, le principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat rend inefficace la manifestation de volonté par le promettant de révoquer la promesse et son consentement contenu en elle. Néanmoins, la présence seule d'un tel droit d'option n'interdit pas au promettant de réaliser un acte entraînant la caducité de la promesse, comme la vente du bien objet de la vente à la conclusion de laquelle elle tend. En conséquence, seule une obligation de ne pas anéantir son consentement complet peut interdire au promettant de réaliser un acte rendant caduque la promesse.

422. L'indétermination de la nature du droit d'option. La nature juridique du droit d'option reste indéterminée : l'article 1124 ne la définit pas et la doctrine est partagée, certains auteurs ne se prononçant pas sur sa nature depuis 2016³, au contraire d'autres.

D'abord, la nature de droit potestatif de l'option a été reconnue par trois auteurs initialement⁴, puis approuvée par de nombreux auteurs en réaction contre les arrêts du 15 décembre 1993

¹ R. Lévrier, *Contribution à l'étude des promesses de vente*, th. Bordeaux, 1920, p. 148 ; G. Rebour, *De la clause d'option dans les contrats*, th. Paris, 1927, n° 23 ; J.-C. Levret, *Les promesses de contrat au point de vue fiscal*, th. Paris, 1937, p. 20 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 11 et s. et p. 91 ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 43 et s. ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 2.

² N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 30 ; M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 34 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 262.

³ M. Latina et G. Chantepie, ss dir., *Projet de réforme du droit des contrats, Analyses et propositions*, Dalloz, 2015, p. 14 et s. ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 217 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 30 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 74 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 97 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 163.

⁴ G. Rebour, *De la clause d'option dans les contrats*, th. Paris, 1927, n° 14 ; L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats*, RTD civ. 1949, p. 1, n° 27 ; I. Najjar, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris, 1966, n° 17 à 24.

avant la réforme de 2016¹, et encore plus après cette dernière qui définit la promesse unilatérale par la notion de droit d'option². Plus précisément, cette notion importée des droits allemand, italien et libanais, est présentée diversement et notamment comme n'étant ni un droit de créance, ni un droit personnel, ni un droit réel³, mais constituant le pouvoir de former le contrat par sa seule volonté⁴, ou le droit de décider la conclusion du contrat par sa volonté discrétionnaire⁵. Toutefois, la distinction des droits personnels et réels a un rôle fondamental en droit français : en l'absence de texte consacrant explicitement l'existence des droits potestatifs, il est impossible de considérer que la promesse unilatérale de contrat comporte un droit potestatif d'option. De façon plus générale, en dehors du seul domaine de la promesse, cette expression de droit d'option désigne une liberté de réaliser un acte juridique unilatéral, comme l'option successorale par exemple, donc l'option n'a pas d'autonomie conceptuelle. En particulier, ici le droit d'option ne peut être le pouvoir de former le contrat par la volonté du bénéficiaire, car la notion de pouvoir, distinguée de la capacité par la doctrine moderne, relève essentiellement de la représentation. Symétriquement, le droit d'option ne permet pas de décider la conclusion du contrat par sa volonté discrétionnaire, parce que la possibilité de conclure le contrat pour le bénéficiaire, en manifestant son consentement en réponse à celui du promettant contenu dans la promesse unilatérale de contrat, résulte du fait que la promesse contient le consentement du promettant et si le bénéficiaire a le choix entre la conclusion du contrat et son contraire, c'est en raison de la liberté contractuelle et non d'un droit potestatif. Ensuite, selon d'autres auteurs, le droit d'option serait un droit personnel⁶, de créance⁷, ou de

¹ Defrénois 1994, p. 795, obs. P. Delebecque ; D. 1995, p. 87, L. Aynès ; JCP 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; Defrénois 2010, 39170, p. 2123, note L. Aynès ; Defrénois 2011, p. 1023, note L. Aynès ; D. 2011, p. 1457, D. Mazeaud ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 240 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 448 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 56 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-10.

² G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 260 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122.151 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 179 et s. ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 258 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 215 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 256 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 239 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 59 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 82 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V^o Avant-contrat, Fasc. 30, Promesse de vente, Effets et cession*, 2021, n° 19 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 396 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 205 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 60.

³ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 260 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 254 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 239.

⁴ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 258 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 260 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 179 et s. ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 254.

⁵ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 254.

⁶ P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 91.

⁷ P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations*, *Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 97.

nature originale¹, sans être un droit potestatif, ou un droit potestatif constituant un droit personnel avec créance², ou avec débiteur et sans obligation³. Toutefois, si le droit d'option est un droit personnel de créance, c'est-à-dire l'aspect actif d'une obligation, alors seule l'obligation de ne pas anéantir le consentement complet permet d'interdire les actes entraînant la caducité de la promesse, donc l'affirmation de sa nature de droit potestatif n'a pas d'autonomie conceptuelle par rapport au droit personnel de créance et n'explique pas l'effet de conclusion du consentement. Parallèlement, les idées de droit personnel de nature originale ou de droit personnel sans obligation sont mystérieuses et ne suffisent pas à identifier l'effet de conclusion produit par la promesse et à interdire les actes rendant caduque la promesse, que seule l'obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant peut prohiber.

Finalement en raison de sa nature indéterminée, le droit d'option ne figure pas clairement à l'actif du patrimoine du bénéficiaire et au passif de celui du promettant, donc seule l'obligation de ne pas anéantir le consentement figure clairement dans le patrimoine des parties à la promesse et justifie la transmission de cette dernière à cause de mort. De plus, la qualification de levée d'option créée par la pratique contractuelle pour désigner le consentement du bénéficiaire n'emporte pas l'adhésion. En effet, en manifestant son consentement à la suite de celui du promettant contenu dans la promesse unilatérale de contrat, le bénéficiaire réalise une acceptation du contrat promis, car il manifeste la volonté de produire un effet de conclusion d'un contrat⁴. Au total, l'idée de droit d'option dans la promesse unilatérale de contrat est développée en doctrine depuis environ un siècle⁵, et a été utilisée de façon pratique afin d'exprimer l'idée concrète selon laquelle le bénéficiaire peut opter entre la conclusion du contrat et le contraire. Néanmoins, elle n'est pas rigoureuse techniquement et ne permet pas de construire solidement le régime de la promesse unilatérale. Or, la notion de droit d'option est née en pratique après l'apparition de la promesse unilatérale de contrat relative à un consentement présent, qui a été inspirée par la notion d'avant-contrat de Demolombe de 1868, donc si le droit d'option était considéré comme l'essence de la promesse unilatérale, cela signifierait que l'existence de cette promesse a précédé son essence, ce qui n'est pas logique.

Après l'analyse précise des définitions existantes de la promesse unilatérale de contrat,

¹ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 232.

² D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 205.

³ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 396.

⁴ Voir ci-dessus n° 292 et s.

⁵ G. Rebour, *De la clause d'option dans les contrats*, th. Paris, 1927, n° 2.

il faut présenter notre définition de sa version avec un consentement présent.

II. L'analyse des définitions existantes des promesses synallagmatiques de contrat

423. L'ordonnance du 10 février 2016 n'évoque pas les promesses synallagmatiques de contrat, ce qui a été approuvé¹, ou désapprouvé². Ainsi, la doctrine et la jurisprudence continuent depuis 1945 d'opposer le principe d'assimilation de la promesse synallagmatique de vente à la vente en particulier, et de la promesse synallagmatique de contrat au contrat en général, sur le fondement de l'article 1589 et d'arguments divers, mais avec des exceptions diverses. Or, nous pensons, d'une part, qu'il est absolument impossible d'assimiler la promesse synallagmatique de contrat au contrat promis (**A**), et d'autre part, que les exceptions à cette assimilation englobent des instruments précontractuels divers (**B**), dont deux promesses synallagmatiques de contrat.

A. Le principe de l'assimilation de la promesse synallagmatique au contrat

424. La promesse synallagmatique de contrat est assimilée au contrat promis dans les sources existantes en raison de ses prétendues impossibilité (**1**) et inutilité (**2**).

1. La prétendue impossibilité des promesses synallagmatiques de contrat

425. L'article 1589. Nous avons vu lors de l'étude des interprétations de l'article 1589 que celle qui est majoritaire assimile sur ce fondement la promesse synallagmatique de vente et la vente en particulier et la promesse synallagmatique de contrat à ce dernier en général³. Pourtant, les travaux préparatoires de cet article montrent que celui-ci se situe sur le plan concret des contrats qualifiés par leurs parties de promesses de vente mais contenant une vente, afin de les requalifier en vente. Par suite, il est erroné d'utiliser cet article sur le plan abstrait de la définition des contrats spéciaux afin d'assimiler promesse de vente et vente, ce qui n'a aucun sens puisque la vente et la promesse synallagmatique de vente étaient déjà distinguées sur ce plan dans l'Ancien Droit repris par l'article 1589.

426. Le consensualisme. Certains auteurs ont assimilé la promesse synallagmatique de vente à la vente sur le fondement du principe du consensualisme et ont étendu l'idée à tous les contrats consensuels⁴. En effet, selon eux, si des personnes ont recours à une promesse

¹ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 256.

² F. Terré, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, p. 15 ; P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, n° 26 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 101 ; M. Storck, *JCl. Civil Code*, Art. 1124, Fasc. 20, *Promesse synallagmatique*, oct. 2020, n° 2.

³ Voir ci-dessus n° 381 et s.

⁴ P.-L.-C. Gin, *Analyse raisonnée du droit français*, t. 4, 1804, p. 11 ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 24, 4^e éd. 1884, n° 21 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 163 et s. ; C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 36 ;

synallagmatique de contrat consensuel, celles-ci sont d'accord pour conclure ce contrat consensuel, dont la formation n'exige pas de forme, donc cette promesse synallagmatique doit être assimilée à ce contrat consensuel. Cependant, cette idée ne peut convaincre, parce qu'il faut bien étudier le contenu des consentements manifestés, un contrat conclu étant qualifié au regard des effets qu'il contient. Par suite, si des personnes manifestent des volontés de conclure une promesse synallagmatique de contrat projetant des consentements, c'est-à-dire une promesse créant des obligations de notifier les consentements à un contrat, la qualification de cette promesse s'opère au vu de ces obligations essentielles à l'existence de cette promesse synallagmatique connue dès l'Ancien Droit, donc le caractère consensuel, solennel ou réel du contrat promis est totalement indifférent au plan de la qualification de cette promesse. Symétriquement, si des personnes manifestent des volontés de conclure une promesse synallagmatique de contrat contenant des consentements au contrat promis, avec des obligations de ne pas les anéantir, cette promesse que leurs volontés forment est qualifiée en fonction de la présence des effets essentiels à l'existence de la version synallagmatique de la promesse unilatérale de l'article 1124, avec indifférence au caractère consensuel, solennel et réel du contrat promis pour cette qualification.

427. Le transfert de propriété. Des auteurs fondent l'assimilation de la promesse synallagmatique de vente à la vente sur la règle du transfert de propriété par l'échange des consentements à la vente¹. Néanmoins, si des personnes manifestent des consentements à la promesse synallagmatique de vente projetant les consentements à la vente, les consentements à cette promesse forment cette dernière en produisant leur effet de conclusion et celle-ci oblige à notifier par la suite des consentements à la vente, lesquels forment cette vente qui produit immédiatement son effet translatif de propriété. Symétriquement, si des personnes manifestent des consentements à la promesse synallagmatique de vente contenant des

P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 140 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 557 ; C. Coutant, *La répétition des promesses synallagmatiques de vente*, AJDI 1999, p. 127 ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 573 ; O. Barret, Rép. civ. Dalloz, V° *Promesse de vente*, 2011, n° 171 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 73 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 151 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 299 et s. ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 57 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 218 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 259 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 250 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 20, Promesse synallagmatique*, oct. 2020, n° 6 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 218 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 256 et s. ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 61.

¹ L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 447 et s. ; L. Guillouard, *De la vente et de l'échange*, t. 1, 1889, n° 77 ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 48 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 151.

consentements à la vente, les consentements à la promesse la forment en produisant leur effet de conclusion de la promesse, puis les consentements à la vente, contenus dans la promesse, forment la vente en produisant leur effet de conclusion de la vente, laquelle produit alors immédiatement l'effet translatif de propriété. Dans ces deux cas, aucune assimilation n'est possible en raison du transfert de propriété par les seuls consentements à la vente.

428. Les consentements au contrat promis. La promesse synallagmatique de contrat est définie par des auteurs comme un contrat par lequel les parties donnent leurs consentements à un contrat futur¹. Ainsi, selon certains d'entre eux, puisque la promesse synallagmatique de contrat contient les consentements au contrat promis, celle-ci serait identique à celui-ci. Toutefois, la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements est conclue par la rencontre des consentements à cette promesse synallagmatique de contrat, qui sont distincts des consentements au contrat promis, qui sont contenus en elle et dont la rencontre par production de leur effet de conclusion de ce contrat promis formera ce dernier. De même, la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements ne contient pas ces consentements au contrat promis, qui sont futurs et qu'elle oblige à notifier, donc elle se distingue clairement du contrat promis.

429. Les obligations de conclure. La promesse synallagmatique de contrat est définie comme un contrat contenant des obligations réciproques de conclure ce contrat promis². Par conséquent, pour certains des auteurs donnant cette définition, celle-ci justifierait l'assimilation de la promesse synallagmatique de contrat au contrat promis. Néanmoins, ces obligations de conclure peuvent désigner, d'une part, les obligations de notification de consentements futurs, qui sont les effets essentiels de la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements, et d'autre part, les obligations de non-anéantissement des

¹ P.-L.-C. Gin, *Analyse raisonnée du droit français*, t. 4, 1804, p. 11 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 163 ; J.-M. Mousseron, *La durée dans la formation du contrat*, Mélanges A. Jauffret, LGDJ, 1974, p. 520 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 557 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 72 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 151 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 92 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 249 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 20, Promesse synallagmatique*, oct. 2020, n° 1.

² É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 166 ; C. Coutant, *La réitération des promesses synallagmatiques de vente*, AJDI 1999, p. 127 ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 573 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, 3^e éd., PUF 2012, p. 247 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 833 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, 14^e éd., Dalloz, 2014, n° 771 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 299 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 450 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 101 Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1102 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 22 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 256 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 138 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, 2021, n° 170 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 20, Promesse synallagmatique*, oct. 2020, n° 1 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 256 et s.

consentements présents dans la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements. Par suite, il ne faut pas utiliser ces notions pour définir une promesse synallagmatique de contrat ou pour l'assimiler au contrat promis.

430. Les obligations de vendre et d'acheter. La promesse synallagmatique de vente est définie par des auteurs comme le contrat contenant des obligations de vendre et d'acheter¹, ce qui conduit certains à assimiler la promesse synallagmatique de vente et la vente, laquelle contiendrait les deux mêmes obligations. Cependant, les notions d'obligation d'acheter et de vendre sont imprécises, puisqu'elles peuvent désigner les obligations de notifier les consentements créés par la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements, les obligations de ne pas anéantir les consentements créés par la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements et les obligations de la vente. En conséquence, il ne faut pas les utiliser pour définir ces promesses ou la vente, ou pour assimiler ces dernières.

431. Les éléments essentiels. La promesse synallagmatique de vente est définie comme le contrat contenant déjà les éléments essentiels de la vente². Ainsi, c'est ce qui justifie, selon certains auteurs donnant cette définition, que la promesse de vente soit assimilée à la vente. Or, la vente a pour effets essentiels, à la fois un effet translatif de propriété d'une chose et une obligation de payer un prix. De plus, la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements à une vente a pour effets essentiels,

¹ C.-S. Zachariae, *Cours de droit civil français*, t. 2, 1839, p. 483 ; F. Mourlon, *La transcription en matière hypothécaire*, Revue pratique de droit français, 1856, p. 522 ; E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, t. 7, 1873, art. 1589, n° 10 bis II et III ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 24, 4^e éd. 1884, n° 8 et 21 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 5, 5^e éd., 1907, § 349, p. 4 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 23 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 516 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 272 ; L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats*, RTD civ. 1949, p. 1, n° 2 et 12 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 67 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, 2^e éd., Sirey, 1988, n° 126 ; C. Coutant, *La réitération des promesses synallagmatiques de vente*, AJDI 1999, p. 127 ; R.-N. Schütz, *L'exécution des promesses de vente*, Defrénois 1999, art. 37021, n° 19 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 247 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 123 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 151 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 57 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 20, Promesse synallagmatique*, oct. 2020, n° 8 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 170 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 285 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 75 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 61.

² P.-L.-C. Gin, *Analyse raisonnée du droit français*, t. 4, 1804, p. 11 ; C.-É. Delvincourt, *Institutes de droit civil français*, t. 3, 1808, p. 112 et s. ; C.-É. Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, t. 2, 1813, p. 150 ; J.-M. Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. 1, 1814, n° 279 ; M. Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, t. 5, 1824, p. 901 ; A.-M. Demante, *Programme du cours de droit civil français fait à la Faculté de droit de Paris*, t. 3, 1835, n° 262 ; C.-S. Zachariae, *Cours de droit civil français*, t. 2, 1839, p. 483 ; P.-A. Dalloz, *Dictionnaire général et raisonné de droit civil*, t. 7, 1850, p. 292 ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 24, 4^e éd. 1884, n° 8 et 21 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 5 et 25 et s. ; L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats*, RTD civ. 1949, p. 1, n° 14 ; C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 36 ; J. Schmidt, *La période précontractuelle en droit français*, RID comp. 1990, p. 545 et s. ; C. Coutant, *La réitération des promesses synallagmatiques de vente*, AJDI 1999, p. 127 ; O. Barret, *Variations autour du refus de contracter, Mélanges J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, n° 17 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 834 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 259 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 20, Promesse synallagmatique*, oct. 2020, n° 2 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 202 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 230.

des obligations de notifier des consentements complets, donc elle peut déterminer les éléments concrets essentiels à la complétude du consentement de la vente que sont la chose et le prix, mais la détermination de ceux-ci n'entraîne pas l'assimilation de cette promesse synallagmatique de vente à la vente parce que les deux ont des effets essentiels qui sont différents. De même, la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements à une vente a pour effets essentiels, des obligations de ne pas anéantir les consentements à une vente contenus en elle, donc ces consentements déterminent les éléments essentiels à la complétude de la vente que sont la chose et le prix, mais cette promesse ne peut être assimilée à la vente en raison de cette détermination, car les effets essentiels à l'existence de la vente et de cette promesse sont différents.

Ainsi, parmi les arguments servant à l'assimilation de la promesse synallagmatique de contrat au contrat promis, la prétendue impossibilité de cette promesse n'emporte pas l'adhésion, et sa prétendue inutilité non plus.

2. La prétendue inutilité des promesses synallagmatiques de contrat

432. Le terme et la condition. De façon générale, selon certains auteurs, les deux mécanismes du terme suspensif et de la condition suspensive d'une obligation suffiraient pour que des cocontractants repoussent leur opération dans le temps jusqu'à la survenance d'un événement futur, sans avoir besoin de recourir à la promesse synallagmatique de contrat, qui serait ainsi ce contrat mal qualifié¹. Néanmoins, le terme et la condition ne permettent pas de repousser la conclusion du contrat spécial que les personnes veulent conclure et donc de rester dans la période précontractuelle, contrairement aux promesses synallagmatiques de contrat. En particulier, dans les contrats de vente, la condition suspensive comme le terme suspensif sont présentés comme suffisants pour repousser le transfert de propriété jusqu'à la survenance d'un événement futur. Toutefois, ces contrats sont alors des ventes et il n'est pas pertinent de

¹ P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 110 ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 41 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 272 ; L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contracts*, RTD civ. 1949, p.1, n° 15 ; C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 35 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 72 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 836 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, 14^e éd., Dalloz, 2014, n° 771 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 149-1 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 152 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, *Economica*, n° 307 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 152 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 259 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 101 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1103 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 250 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 20, Promesse synallagmatique*, oct. 2020, n° 49 et s. ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 86 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 172 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, *Economica*, 10^e éd., 2021, n° 256 et s. ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 61.

les qualifier de promesses synallagmatiques de vente, sans créer des confusions.

433. La vente immobilière. La vente d'immeuble est un contrat consensuel, en ce sens que ses conditions d'existence et de validité ne comportent aucune exigence de forme pour la manifestation des consentements à elle. Néanmoins, au titre de ses conditions d'opposabilité, elle doit être constatée par acte authentique faisant l'objet d'une publicité foncière selon le décret n° 55-22 du 4 janvier 1955. De plus, une vente immobilière exige toujours l'obtention de renseignements administratifs, dont les renseignements hypothécaires ou d'urbanisme, mais aussi souvent l'obtention d'un prêt ou d'une décision administrative comme un permis de construire. En conséquence, dans la pratique, les personnes ayant la volonté de conclure une vente d'un immeuble, concluent souvent cette vente en prévoyant que le transfert de propriété ne s'opérera qu'au moment de la réitération des consentements à la vente par acte authentique qui sera publié. Ainsi, cette pratique est qualifiée de promesse synallagmatique de vente, ce qui n'est pas satisfaisant : ce contrat contient les effets essentiels de la vente, si bien qu'il constitue une vente et ne doit pas être qualifié en promesse synallagmatique de contrat, mais requalifié en vente par application de l'article 1589. Symétriquement, la qualification de cette pratique, en compromis, n'emporte pas l'adhésion, puisque le compromis est un contrat mettant fin à un litige comme cela est souligné. De plus, cette pratique est analysée par la doctrine, comme faisant de la réalisation de l'acte authentique une condition suspensive¹, ou un terme suspensif du transfert de propriété². De même, la jurisprudence récente y voit une condition suspensive, dont la non-réalisation rend la promesse caduque³. Cependant, ces contrats ne devraient pas être étudiés au titre de la période précontractuelle, car ils sont des ventes d'immeuble déjà conclues. Surtout la technique faisant de la réitération des volontés de contracter par acte authentique dans la vente d'immeuble, une modalité de l'obligation de donner la chose, c'est-à-dire du transfert de propriété, est à nos yeux une condition suspensive en tant qu'événement futur et incertain. En effet, la réitération des consentements par les parties, lorsqu'elle n'est pas l'objet d'une obligation de faire, est un événement futur et

¹ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 558 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, 14^e éd., Dalloz, 2014, n° 771 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 149-1 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 307 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 259 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1103 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 250 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 256 et s.

² J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 558 ; C. Coutant, *La réitération des promesses synallagmatiques de vente*, AJDI 1999, p. 127 ; R.-N. Schütz, *L'exécution des promesses de vente*, Defrénois 1999, art. 37021, n° 28 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 152 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 250 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 173.

³ Cass. 3^e civ., 9 mars 2017, n° 15-26.182 : Bull. civ. III ; RTD civ. 2017, p. 393, obs. H. Barbier ; RDI 2017, p. 286, obs. H. Heugas-

incertain, car les parties peuvent en fait ne pas réitérer leurs consentements par acte authentique. Ainsi, cette réitération est un événement futur et incertain, et étant donné qu'elle dépend purement de la volonté de son débiteur, elle est potestative, comme cela a été affirmé¹, ce qui doit conduire à la nullité de ce contrat. En conséquence, cette pratique quotidienne est très fragile juridiquement et il est préférable de recourir pour la vente d'immeuble aux deux promesses synallagmatiques de contrat.

Ainsi, aucun des arguments présentés au soutien du prétendu principe d'assimilation de la promesse synallagmatique de contrat au contrat n'emporte l'adhésion ; parallèlement, les exceptions à ce principe englobent divers instruments précontractuels.

B. Les exceptions à l'assimilation de la promesse synallagmatique au contrat

434. La doctrine évoque des hypothèses dans lesquelles elle voit une promesse synallagmatique de contrat distincte du contrat promis parce que la conclusion du contrat promis est conditionnée par un élément formel, de fond ou un événement (1), et donne des définitions diverses de cette promesse synallagmatique de contrat distincte du contrat (2).

1. Les hypothèses saisies en promesse synallagmatique distincte du contrat

435. La forme légale. Certains auteurs affirment que la promesse synallagmatique de contrat solennel ou réel, laquelle ne comporte pas la solennité ou la remise de chose exigée par la loi pour la conclusion de ce contrat, se distinguerait clairement de ce dernier, en raison de l'absence de la remise de chose ou de la solennité². Symétriquement, la jurisprudence considère qu'en l'absence de remise de la chose, les volontés de conclure un prêt ne forment pas un contrat réel de prêt, mais une promesse synallagmatique de contrat réel de prêt, contenant une obligation de faire dont l'objet est la remise de la chose³. Toutefois nous n'adhérons pas à ces idées car il faut définir les contrats par les effets essentiels à leur existence. Ainsi, il existe deux promesses synallagmatiques de contrat dont les effets

Darraspen ; AJ Contrat 2017, p. 226, obs. Y. Dagorne-Labbé ; Cass. 3^e civ., 12 avr. 2018, n° 17-14.187 : inédit.

¹ R.-N. Schütz, *L'exécution des promesses de vente*, Defrénois 1999, art. 37021, n° 28 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 173.

² J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 560 ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 573 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 73 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 450 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 259 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 236 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 252 et 253 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 20, Promesse synallagmatique*, oct. 2020, n° 21 et s. et 26 et s. ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 218 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 230.

³ Voir ci-dessus n° 44 et s.

essentiels sont différents de ceux de l'ensemble des autres contrats spéciaux, que ces derniers soient consensuels, solennels ou réels. Or, même si la distinction n'est pas clairement posée en droit positif, il faut distinguer les conditions d'existence et de validité des contrats.

Primo, les conditions d'existence sont celles sans lesquelles des consentements sont incomplets et ne peuvent former un contrat : par exemple, la remise d'une chose est une condition d'existence pour les contrats réels. Dès lors, si des personnes manifestent leur consentement à un contrat réel, pour lequel une remise de chose est légalement essentielle à sa complétude, sans cette remise de chose, ces consentements sont incomplets, sont des faits matériels ne pouvant constituer des actes unilatéraux d'offre et d'acceptation et ne pouvant former ce contrat, si bien qu'ils ne se rencontrent pas pour le former. Par suite, ces consentements à un contrat réel, incomplets par l'absence de remise de la chose, ne peuvent former une promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements, car ces consentements ne tendent pas à la formation de cette promesse créant des obligations de notification de consentement. En revanche, cette promesse peut être conclue par des personnes qui veulent s'obliger à se notifier à l'avenir des consentements à un contrat réel.

Secundo, les conditions de validité d'un contrat sont celles en l'absence desquelles les consentements à ce contrat peuvent être complets et ainsi former un contrat, qui ne sera pas valable toutefois. Par suite, les consentements à un contrat solennel, manifestés sans la solennité, ne forment pas une promesse synallagmatique de contrat solennel, mais forment ce contrat solennel qui n'est pas valable.

436. La forme voulue. De nombreux arrêts de la Cour de cassation reconnaissent la possibilité pour les parties de retarder la conclusion de leur contrat jusqu'à la manifestation de leurs consentements par une forme donnée, laquelle n'est pas exigée par la loi pour sa formation¹. Toutefois, d'autres affirment plus précisément que l'acte notarié peut être érigé en élément constitutif du consentement², ou en condition de formation³, ou de validité⁴, du contrat. Or, la doctrine est divisée sur l'appréhension de cette jurisprudence.

¹ Cass. Req. 4 mai 1936 : DH. 1936, p. 313 ; Cass. 3^e civ., 2 mai 1968, n^o 65-13.280 : Bull. civ. III, n^o 182 ; Cass. 3^e civ., 5 janv. 1983, n^o 81-14.890 : Bull. civ. III, n^o 7 ; Cass. 3^e civ., 17 juill. 1991, n^o 90-11.940 : Bull. civ. III, n^o 218 ; Cass. 3^e civ., 2 févr. 1983, n^o 81-12.036 : Bull. civ. III, n^o 34 ; Defrénois 1983, art. 33180, n^o 129, obs. G. Vermelle ; Cass. 3^e civ., 11 déc. 1984, n^o 83-14.829 : Bull. civ. III, n^o 212 ; Cass. 3^e civ., 17 juill. 1997 : Defrénois 1998, art. 36753, n^o 21, p. 339, obs. D. Mazeaud.

² Cass. 3^e civ., 14 janv. 1987, n^o 85-16.306 : D. 1988, jurispr. p. 80, note J. Schmidt ; Cass. 3^e civ., 20 déc. 1994, n^o 92-20.878 : Bull. civ. III, n^o 229 ; JCP 1995, II, 22491, note C. Larroumet ; JCP N 1996, II, 501, note D. Mainguy ; D. 1996, somm. 9, obs. O. Tournafond ; Cass. 3^e civ., 28 mai 1997, n^o 95-20.098 : Bull. civ. III, n^o 123 ; Contrats, conc. Consom. 1997, comm. 131, obs. L. Leveneur ; LPA, 6 avr. 1998, n^o 41, p. 17, note C.-H. Gallet ; D. 1999, somm. 11, obs. H. Brun ; Cass. 3^e civ., 19 juin 2012, n^o 10-22.906 et 10-24.222 : RDC 2013.53, obs. É. Savaux ; Cass. 3^e civ., 12 avr. 2018, n^o 17-14.187 : inédit.

³ Cass. 3^e civ., 10 sept. 2013, n^o 12-22.883 : RDC 2014, p. 54, obs. P. Brun.

⁴ N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n^o 86.

D'abord, selon de nombreux auteurs, une forme est rendue essentielle à la complétude d'un consentement par le recours au contrat de promesse synallagmatique de contrat, créant des obligations de faire, dont l'objet est présenté diversement : consentir, conclure, contracter, passer, signer, faire un contrat, réaliser une formalité, ou organiser la perfection d'un contrat¹. Or, l'objet de ces obligations de faire ne peut qu'être la notification des consentements avec comme vecteur d'extériorisation, la forme qui est rendue essentielle à la complétude par la volonté des parties, avant même que ces consentements ne soient manifestés. Par ailleurs, d'autres techniques permettent de rendre une forme essentielle à la complétude². La principale est la manifestation d'un consentement complet à un contrat avec cette forme.

Ensuite, selon certains auteurs, une forme peut être considérée comme essentielle à la complétude, sans obligation de faire pour les protagonistes : la forme sera utilisée par la suite peut-être si les personnes décident de conclure ou non, conformément à la liberté contractuelle. Ainsi, la doctrine qualifie cette promesse d'épisode de négociation, c'est-à-dire de *punctatio*³, ou plus souvent de création d'un projet de contrat⁴. Or, il n'y a ici aucune promesse synallagmatique de contrat, mais tout simplement des manifestations de consentements incomplets, sans la forme rendue essentielle à la complétude.

437. L'élément essentiel. Il a été affirmé en doctrine que lorsque les parties font d'éléments normalement accessoires à un contrat, des éléments essentiels, il y a une exception au principe selon lequel promesse synallagmatique de contrat vaut contrat, sous forme de

¹ L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats*, RTD civ. 1949, p. 1, n° 21 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 577 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 117 ; C. Coutant, *La réitération des promesses synallagmatiques de vente*, AJDI 1999, p. 127 ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 577 ; O. Barret, *Variations autour du refus de contracter, Mélanges J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, n° 17 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 73 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 835 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 307 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 450 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 218 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 259 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 256 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 20, Promesse synallagmatique*, oct. 2020, n° 10 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, 2021, n° 205 et s. ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 285 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 218 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 256 et s.

² Voir ci-dessus n° 43, 55 et 63.

³ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 450 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 256 et 276.

⁴ É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 167 ; L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats*, RTD civ. 1949, p. 1, n° 22 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 209 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 558 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 248 et s. ; C. Coutant, *La réitération des promesses synallagmatiques de vente*, AJDI 1999, p.127 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 95 ; A. Bénabent, *Droit des contrats*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 153 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 450 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 256 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, 2021, n° 205.

projet¹, ou de promesse synallagmatique de contrat créant des obligations de conclure². Or, les personnes souhaitant faire d'éléments de fond d'un contrat, des éléments essentiels à la complétude du consentement, peuvent le faire de diverses façons, soit sans s'obliger à manifester leurs consentements, mais seulement en manifestant des consentements incomplets et ne contenant pas ces effets ou éléments, ou complets et contenant ces effets ou éléments, soit avec des obligations de se notifier des consentements complets avec ces effets ou éléments à l'avenir, par un contrat qui est une promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements³.

438. L'événement. Pour la doctrine, il existe une distinction claire entre promesse synallagmatique de contrat et contrat promis, lorsque des personnes concluent une telle promesse pour retarder la formation du contrat promis jusqu'à la survenance d'un événement⁴. Or, les techniques permettant de retarder la conclusion d'un contrat jusqu'à la survenance d'un événement sont diverses.

D'abord, une partie peut manifester son consentement complet à ce contrat en faisant d'un événement futur, soit un terme suspensif, soit une condition suspensive de l'effet de conclusion de son offre ou de son acceptation¹.

Ensuite, les parties peuvent recourir à la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement, ou à la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements en suspendant l'effet de conclusion d'un consentement jusqu'à la survenance d'un événement.

Enfin, les parties peuvent recourir à la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement, ou à la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements, en créant une obligation de notifier un consentement lors de la survenance de cet événement.

Ainsi, les hypothèses présentées par la doctrine comme des cas de promesse synallagmatique de contrat distincte du contrat promis englobent des instruments précontractuels divers. Parallèlement, les définitions de la promesse synallagmatique de contrat distincte du contrat promis sont très diverses.

2. Les définitions existantes de la promesse synallagmatique distincte du contrat

439. Les définitions d'une promesse synallagmatique. Les obligations de la promesse synallagmatique de contrat distinguée du contrat promis sont diversement vues.

¹ A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 153.

² D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 218 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 218.

³ Voir ci-dessus n° 56, 73 et 118 et s.

⁴ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 835.

Le premier groupe de ces définitions évoque des obligations de passer², réaliser³, faire un contrat⁴, de consentir⁵, de contracter⁶, de conclure⁷, de vendre et d'acheter⁸, ou d'organiser ultérieurement la perfection du contrat définitif⁹. Or, ces définitions ne permettent pas de déterminer le caractère présent ou futur du consentement auquel ces obligations sont relatives. Le second groupe de ces définitions évoque plus ou moins le fait que les obligations que cette promesse crée sont relatives à des consentements futurs. D'abord, selon certaines de ces définitions, cette promesse crée des obligations de faire advenir l'élément constitutif manquant et formant le contrat¹⁰, d'accomplir une formalité¹¹, ou de remettre la chose si le contrat visé est un contrat réel¹². Cependant, ces définitions font croire que l'élément essentiel, la formalité ou la remise de chose s'ajoutent au consentement, alors qu'à nos yeux, ceux-ci sont, soit le vecteur du consentement, soit contenus dans le consentement. Ensuite,

¹ Voir ci-dessus n° 193, 211, 362, 365 et 366.

² J.-G. Basset, *Plaidoyers de maître Jean-Guy Basset*, partie 2, 1668, p. 302 et s. ; J. Brodeau, *La coutume de Paris*, t. 1, 2^e éd., 1669, p. 594 ; L. Le Grand, *Coutume de Troyes*, 3^e éd., 1715, p. 294 et s. ; J. Boucheul, *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Poitou*, t. 1, 1727, p. 682 ; P.-J. Brillonn, *Jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, t. 6, 1727, p. 839 ; P.-J. Brillonn, *Jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, t. 1, 1727, p. 418 ; B. J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738, p. 332 et s. ; C.-J. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 2, 1769, p. 396 et s. ; R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1772, n° 479 ; H. Cochin, *Recueil de ses mémoires et consultations*, t. 6, 1775, p. 160 et s. ; B.-L. Le Camus d'Houlouve, *Coutumes du Boulonnais*, t. 2, 1777, p. 266 et s. ; G. du Rousseaud de la Combe, *Œuvres de M. Antoine Despeisses*, t. 1, 1778, p. 40 et s. ; B.-L. Molières-Fonmaur, *Traité des droits de quint, lods et ventes*, t. 1, 1778, p. 193 et s. ; J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 49, 1782, p. 132 ; J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 10, 1785, p. 603 ; G. Bosquet, *Dictionnaire raisonné des domaines et droits domaniaux*, t. 3, 1783, p. 550 et s. ; J. Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. 3, 3^e éd., 1822, p. 306 ; C.-B.-M. Toullier, *Droit civil français*, t. 9, 5^e éd., 1830, n° 92 ; R.-T. Troplong, *De la vente*, 1844, n° 130 ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 6, 7^e éd., 1875, p. 168 et s. ; F. Verdier, *Transcription hypothécaire*, t. 1, 2^e éd., 1881, n° 48 ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 54 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 110 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 259 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 20, Promesse synallagmatique*, oct. 2020, n° 1 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 208.

³ J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 10, 1785, p. 603 ; E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, t. 7, 1873, art. 1589, n° 10 bis II et III.

⁴ N. Chorier, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape*, 1692, p. 238 ; B.-L. Molières-Fonmaur, *Traité des droits de quint, lods et ventes*, t. 1, 1778, p. 193 et s. ; P.-L. Championnière, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques*, t. 3, 2^e éd., 1839, n° 1758.

⁵ P.-L. Championnière, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques*, t. 3, 2^e éd., 1839, n° 1758 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 221.

⁶ L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 73 et 75.

⁷ M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 215 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 247 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 299 et s. ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 450 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 218 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 256 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 138 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 20, Promesse synallagmatique*, oct. 2020, n° 1 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 218 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 256 et s.

⁸ L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 59 ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 6, 7^e éd., 1875, p. 164 et 172.

⁹ M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 204.

¹⁰ F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 117 et 126.

¹¹ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 73 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 221 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 259.

¹² F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd.,

selon d'autres définitions, cette promesse crée des obligations de signer l'acte formaliste¹, ou ayant pour objet le consentement au contrat promis². Or, ces définitions laissent penser que ces obligations ont pour objet de manifester les consentements au contrat promis, mais cette manifestation de ces consentements serait insuffisante : seule leur notification est satisfaisante pour définir la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements.

440. Les définitions de deux promesses synallagmatiques. De rares auteurs ont entrevu la possibilité de distinguer deux promesses synallagmatiques de contrat³. L'une serait le pacte d'option pouvant être bilatéral, sans obligation. Néanmoins, à nos yeux le droit d'option ne peut être bilatéralisé car la réciprocité peut concerner la présence des consentements dans la promesse de contrat et l'obligation de ne pas les anéantir, dans la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements, alors chaque partie n'a pas un droit d'opter entre la conclusion du contrat promis et sa non-conclusion. L'autre serait la promesse synallagmatique de contrat au sens strict connue de l'Ancien Droit et contenant les consentements des parties au futur contrat et des obligations de réaliser un fait conditionnant la conclusion. Toutefois, la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements était connue dès l'Ancien Droit, ne contient pas les consentements des parties au contrat promis, mais oblige à les notifier car ils sont futurs.

Ainsi, l'Histoire et l'analyse des définitions existantes des promesses de contrat montrent qu'il n'existe pas seulement deux, mais quatre promesses, qu'il faut définir.

Chapitre II. Les définitions proposées des promesses de contrat

441. Il existe quatre promesses de contrat, deux relatives à un consentement complet et présent en elles et deux relatives à un consentement complet et futur (**Section I**) ; le pacte de préférence et le contrat cadre en sont des applications (**Section II**).

Section I. La définition des quatre promesses de contrat

442. Les deux promesses de contrat relatives à un consentement futur (**II**), sont

2015, n° 221 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 259.

¹ O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^e Promesse de vente*, 2021, n° 205 et s.

² D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{er} éd., 2015, n° 221.

³ L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats*, RTD civ. 1949, p. 1, n° 14, 21 et n° 27 et s. ; I. Najjar, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris, 1966, n° 24.

apparues dans l’Ancien Droit et créent des obligations de notifier un consentement complet : leur forme unilatérale n’est plus le contrat qualifié de promesse unilatérale de contrat depuis 1945, mais leur forme synallagmatique est connue en jurisprudence par exception à l’assimilation de la promesse synallagmatique de contrat et du contrat promis. Parallèlement, la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement complet est apparue à la suite de l’avant-contrat de Demolombe et constitue le contrat qualifié de promesse unilatérale de contrat depuis 1945 et avec la réforme de 2016 à l’article 1124 du Code civil ; de plus la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements n’a guère été pensée (I).

I. La définition des promesses de contrat contenant un consentement

443. Selon la doctrine, antérieure¹, ou postérieure à l’ordonnance du 10 février 2016², mais aussi au vu de l’article 1113 du Code civil, la conclusion du contrat résulterait toujours de la rencontre d’une offre et d’une acceptation. Certes, sauf hypothèses de contrats formés par effet de la loi ou d’une décision juridictionnelle ou administrative, cette conclusion résulte de la rencontre des consentements complets des parties, généralement contenus dans des actes unilatéraux d’offre et d’acceptation. Néanmoins, ces consentements complets peuvent aussi

¹ C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, vol. 24, 2^e éd., 1870, n° 45 ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 15, 1875, n° 468 ; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, 1883, n° 764 ; C. Darquer, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1885, p. 118 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, art. 1101, n° 9 ; G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886, p. 2 ; M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893, p. 85 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895, n° 80 ; C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, 1900, p. 465 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, § 343, p. 479 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 2^e éd., 1902, n° 970 ; V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902, p. 104 ; I. Papazol, *Du rôle de l’offre et de l’acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907, p. 15 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 1 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 27 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 34 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l’offre et de l’acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970, p. 2 ; H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 130 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 260 ; Lamy *Droit du contrat*, avr. 2013, n° 135-3 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 42 et p. 42 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 105 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 837 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 131 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 118 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 19 ; C. Larroumet et S. Bros, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 236 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 740 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 56 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^e éd., 2015, n° 136.

² F. Terré, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, p. 11 ; Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l’ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 18 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 189 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 60 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 70 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 162 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 197 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 39 ; N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz, V^e Contrat : formation*, janv. 2019, n° 44 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 23 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 82 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 49 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020, n° 2 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1028 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, p. 269 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 169 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 277 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 50 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 450 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 136 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 70 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 193 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 131 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 194.

être contenus dans une promesse unilatérale de contrat contenant un consentement, de l'article 1124 (A) et la levée d'option, ou dans une promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements (B).

A. La définition de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement

444. La promesse unilatérale de l'article 1124 a des effets axés sur la présence en elle du consentement du promettant (1), qui permet de délimiter son champ (2).

1. La notion de promesse unilatérale de contrat contenant un consentement

445. **Les effets essentiels.** Afin de remédier à l'insécurité inhérente à l'offre ne contenant pas d'obligation de ne pas l'anéantir, la promesse unilatérale de contrat de l'article 1124 est née à la suite de l'idée d'avant-contrat de Demolombe. Progressivement, diverses sources ont insensiblement pris l'habitude de considérer que le consentement complet du promettant est inséré dans cette promesse. Or, à nos yeux, seule une obligation de ne pas anéantir permet d'assurer cette sécurité : elle est le premier effet essentiel à l'existence de cette promesse, alors que l'effet de conclusion est chronologiquement le second.

À titre liminaire, de façon générale, la précision ou complétude de ce consentement est présentée comme une condition de validité de la promesse unilatérale de contrat¹. En particulier, dans la promesse unilatérale de vente, l'exigence de détermination du prix en vertu des articles 1129 ancien, 1583 ou 1591 du Code civil, est présentée comme une condition de validité de celle-ci², alors que l'exigence de détermination de la chose est

¹ G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 127 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 67 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 262 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 96 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 53 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 91 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, p. 239 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 43 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 201 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 268 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 61 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 234.

² A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 16, 1833, n° 57 ; P.-A. Dalloz, *Dictionnaire général et raisonné de droit civil*, t. 7, 1850, p. 292 ; J.-H. Vachon, *De la promesse de vendre et des arrhes*, th. Paris, 1851, p. 29 ; L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 86 ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 6, 7^e éd., 1875, p. 167 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 445 et s. ; L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 153 ; P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 140 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 48 ; R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, p. 115 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 2^e éd., LGDJ, 1902, n° 1409 ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 107 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 42 ; R. Lévrier, *Contribution à l'étude des promesses de vente*, th. Bordeaux, 1920, p. 116 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 68 ; H. Boulard, *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Paris, 1927, p. 17 ; J.-R. Dautriche, *La promesse unilatérale de vente en droit français*, th. Paris, 1930, p. 32 ; H. Boyer, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1931, p. 11 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 100 ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 20 ; C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 131 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 131 ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 189 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 111 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, p. 271 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 11 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n°

présentée comme une condition de validité de celle-ci¹. Cependant, il s'agit en réalité de conditions d'existence de celle-ci puisqu'il est de l'essence de la promesse unilatérale de contrat de l'article 1124 de contenir le consentement complet du promettant. De fait, si le consentement n'est pas précis, complet, le contrat conclu est un contrat créant une obligation de non-anéantissement d'un consentement incomplet².

Ensuite, dès lors qu'il est affirmé que la promesse unilatérale de contrat contient le consentement du promettant, cela suffit à rendre inefficace la volonté de révoquer ce dernier. En effet, si un promettant manifeste seul une volonté de révoquer la promesse unilatérale de contrat, c'est-à-dire de produire un effet d'anéantissement de celle-ci, cet effet ne peut être produit, par application du principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat. En revanche, ce dernier ne fait pas obstacle à un acte rendant caduque la promesse unilatérale de contrat, lequel acte ne peut être interdit que par une obligation de ne pas anéantir ce consentement.

Enfin, ce consentement produit un effet de conclusion lorsque le bénéficiaire manifeste à sa suite un consentement identique par levée d'option, qui produit lui aussi un effet de conclusion. Par conséquent, l'identification inédite de cet effet de conclusion constitue le chaînon manquant dans les sources existantes entre d'un côté la rencontre des consentements contenus dans la promesse unilatérale et dans la levée d'option, et de l'autre l'irruption d'une situation juridique nouvelle qui est le contrat.

446. L'effet accessoire. La promesse unilatérale de l'article 1124 peut contenir une obligation de paiement d'une somme d'argent au promettant à la charge du bénéficiaire, non

67 ; E. Schlumberger, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, th. Paris 1, 2011, Dalloz, 2013, n° 74 et s. ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 826 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 137 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 215 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 91 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 80 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCI Notarial Formulaire, V° Avant-contrat, Fasc. 20, Promesse de vente, Formation du contrat*, 2021, n° 104 et s. ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 58 et s. ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 72 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 268.

¹ P.-A. Dalloz, *Dictionnaire général et raisonné de droit civil*, t. 7, 1850, p. 292 ; L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 155 ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 99 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 42 ; J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 61 et s. ; R. Lévrier, *Contribution à l'étude des promesses de vente*, th. Bordeaux, 1920, p. 115 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 68 ; H. Boulard, *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Paris, 1927, p. 17 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 85 ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 23 ; C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 130 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 131 ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 187 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 111 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, p. 271 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 11 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 826 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 137 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCI Notarial Formulaire, V° Avant-contrat, Fasc. 20, Promesse de vente, Formation du contrat*, 2021, n° 72 et s. ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 56.

² Voir ci-dessus n° 119 et 123 et s.

évoquée par cet article et dont la présence dans le contrat de promesse fait de ce dernier un contrat synallagmatique, mais non de cette promesse, une promesse synallagmatique.

447. L'exigibilité de la somme. La majorité doctrinale soutient que cette somme est due si l'option n'est pas levée et est déduite du prix ou imputée sur celui-ci en cas de levée d'option¹, mais une minorité considère que celle-ci est due aussi bien en l'absence qu'en la présence d'une levée d'option avec parfois imputation de son montant sur le prix². Or, en pratique, cette indemnité est souvent versée au promettant ou à un tiers séquestre lors de la conclusion de la promesse, puis sa propriété est transférée au promettant en cas d'absence de levée d'option au terme du délai d'option, alors qu'en présence de cette levée d'option, la somme versée initialement est transférée au promettant, avec le reste du prix, lors de l'exécution de l'obligation monétaire contenue dans le contrat conclu par la levée d'option. En revanche, l'idée selon laquelle cette somme est due en l'absence comme en présence de levée d'option, avec imputation sur le prix du contrat conclu, doit être écartée car cela signifierait que l'obligation monétaire est une contrepartie à la fois dans la promesse unilatérale de contrat et dans le contrat conclu après elle, ce qui est civilement impossible parce que la somme monétaire passerait du patrimoine du bénéficiaire à celui du promettant lors de la promesse et ne pourrait être la contrepartie d'une obligation du contrat conclu à sa suite. Par ailleurs, l'indemnité d'immobilisation est souvent subordonnée à la condition de demande d'un prêt dans les promesses de vente notamment d'immeuble : si le prêt a été demandé et refusé, celle-ci n'est pas due.

448. Les qualifications de la somme. Il existe des qualifications diverses de l'obligation monétaire qui peut être à la charge du bénéficiaire.

D'abord, elle est présentée le plus souvent comme une indemnité d'immobilisation³.

¹ F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 67 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 65 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 824 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 192 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 134 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 56 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-70 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 206 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 257 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 98 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 92 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 255 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 60 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, 2021, n° 25 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 72 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 60 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 233.

² J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 520.

³ F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 41 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 135-2 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 65 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 824 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 192 ; E. Schlumberger, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, th. Paris 1, 2011, Dalloz, 2013, n° 66 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 310 bis ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 148 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n°

Toutefois, cette idée d'immobilisation ne concerne que les promesses unilatérales de vente et parmi elles seulement celles interdisant la vente du bien à un tiers car cette dernière rendrait la promesse caduque : elle ne permet pas de désigner la contrepartie monétaire à la charge du bénéficiaire dans l'ensemble des promesses.

Ensuite, l'obligation monétaire du bénéficiaire est parfois désignée comme le prix de l'option¹. Cependant, le concept d'option ne peut expliquer à lui seul la promesse de l'article 1124². D'ailleurs la possibilité d'opter entre la conclusion du contrat et son contraire résulte de la liberté contractuelle, si bien qu'elle ne s'achète pas et n'est pas susceptible de contrepartie, à l'inverse de l'obligation de ne pas anéantir le consentement complet.

En outre, l'obligation monétaire du bénéficiaire est parfois présentée en jurisprudence³, et en doctrine⁴, comme la contrepartie de l'exclusivité consentie par le promettant pour le bénéficiaire concernant la conclusion du contrat. Néanmoins, la promesse unilatérale de contrat ne confère pas toujours une exclusivité dans la conclusion du contrat promis⁵.

De plus, l'obligation monétaire du bénéficiaire est saisie comme contrepartie de l'obligation

149-1 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 123 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 198 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 56 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 449 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-65 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 122.151 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 257 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 215 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 98 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 255 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 234 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 134 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 83 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, 2021, n° 15 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 284 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 72 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 198 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 270 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 163 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 60 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 233.

¹ F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 56 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 520 ; E. Schlumberger, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, th. Paris 1, 2011, Dalloz, 2013, n° 68 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 824 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 192 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 215 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 257 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 60 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 83 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V^o Avant-contrat, Fasc. 30, Promesse de vente, Effets de cession*, 2021, n° 42 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, 2021, n° 19.

² Voir ci-dessus n° 402, 403, 420, 421 et 422.

³ Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 1995, n° 93-19.874 : Bull. civ. I, n° 452 ; Defrénois 1996, p. 757, note D. Mazeaud ; P. Pierre, *Le prix de l'exclusivité dans les promesses de vente onéreuses*, JCP G 1996, I, n° 3981 ; RD imm. 1996, p. 232, note J.-Cl. Groslière et C. Saint-Alary-Houin.

⁴ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 824 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 148 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-65 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 449 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 198 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 310 bis ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-65 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 255 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 234 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 60 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, 2021, n° 19 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 198 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 270 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 233.

⁵ Voir ci-dessus n° 413 et 419.

de maintenir l'offre¹, de ne pas offrir à un tiers², ou de ne pas céder à un tiers³. Or, ce ne sont pas les obligations incluses dans la promesse unilatérale de vente, car celle-ci contient une obligation de ne pas anéantir le consentement complet du promettant.

449. La nature de la somme. Comme cela a été affirmé, plusieurs affirmations sur la nature de cette obligation doivent être écartées.

D'abord, des auteurs ont soutenu logiquement que celle-ci ne constitue pas une clause pénale, entendue comme la sanction convenue de l'inexécution d'une obligation par le bénéficiaire, parce que ce dernier doit verser une somme d'argent au bénéficiaire indépendamment de toute inexécution d'une obligation dont il serait débiteur⁴.

Ensuite, certains auteurs ont justement affirmé que celle-ci n'est pas une indemnité réparant les dommages causés par l'absence de levée d'option de la part du bénéficiaire⁵, même si d'autres ont soutenu le contraire⁶. En effet, celle-ci ne peut être la détermination conventionnelle de la réparation d'un préjudice avant sa survenance, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, car cela est interdit. Parallèlement, cette obligation monétaire ne peut être la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle du bénéficiaire pour inexécution d'une obligation de levée d'option, car celui-ci n'est pas débiteur d'une telle obligation. Surtout, la conclusion d'un contrat est purement éventuelle en raison de la liberté de lever l'option, donc l'exécution de ce contrat est aussi purement éventuelle. Dès lors le fait de ne pas obtenir cette conclusion n'est pas un préjudice certain, sous l'angle de la perte

¹ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 520 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 192 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 257 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 60 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 15.

² H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 135-2 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 60.

³ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 192 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 148 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 257 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 15.

⁴ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 520 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 39 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 148 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-80 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 56 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{er} éd., 2015, n° 198 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 215 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 61 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 83 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V° Avant-contrat, Fasc. 30, Promesse de vente, Effets et cession*, 2021, n° 38 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 17 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 72 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 198 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 60.

⁵ F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 52 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, *Economica*, 7^e éd., 2014, n° 310 bis ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{er} éd., 2015, n° 198 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V° Avant-contrat, Fasc. 30, Promesse de vente, Effets et cession*, 2021, n° 34 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 16 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 198 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, *Economica*, 10^e éd., 2021, n° 270.

⁶ P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 123 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 284 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 163.

éprouvée qui n'existe pas en l'absence d'amointrissement pécuniaire, ou sous l'angle du gain manqué étant donné que la conclusion n'est pas un gain et est purement éventuelle. Aussi, le fait de ne pas obtenir le gain inhérent à cette exécution n'est pas un préjudice certain, au plan de la perte éprouvée qui n'existe pas faute d'amointrissement pécuniaire, ou au plan du gain manqué parce que ce gain inhérent à cette exécution était purement éventuel. Symétriquement, les pertes de chances d'obtenir la conclusion et l'exécution du contrat projeté par la promesse ne sont pas des préjudices réparables, parce que ces chances sont purement éventuelles en vertu de la liberté de lever l'option.

Par ailleurs, des écrits ont bien souligné que celle-ci n'est pas une clause de dédit permettant de se délier de la promesse unilatérale de contrat, ou de ce dernier, contre le versement d'une somme d'argent¹. Plus précisément, l'absence de levée d'option ne constitue pas la révocation de la promesse unilatérale de contrat, ou de ce contrat.

En réalité, l'obligation monétaire à la charge du bénéficiaire est un effet accessoire de la promesse unilatérale de contrat, c'est-à-dire un effet qui peut être contenu ou non dans cette promesse, et dont la présence ou l'absence dans celle-ci n'a pas d'incidence sur sa qualification, déterminée à l'aide des effets essentiels à celle-ci.

450. La conséquence de la somme. Avec l'insertion d'une obligation monétaire à la charge du bénéficiaire et au profit du promettant, cette promesse unilatérale est alors un contrat synallagmatique et à titre onéreux, alors que sans elle, cette promesse unilatérale est un contrat unilatéral et à titre gratuit. Cependant, même si l'obligation de payer une somme d'argent au promettant par le bénéficiaire a un objet très élevé, cette promesse ne doit pas être requalifiée en promesse synallagmatique de contrat, comme certains auteurs l'ont justement affirmé², contredits par d'autres³. Pourtant, des décisions¹, contredites par d'autres², ont

¹ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 520 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 38 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 198 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 198 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 18.

² J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 520 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 76 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 824 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 192 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 149-1 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 449 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2015, n° 19 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 56 ; Lamy *Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-75 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 257 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 22 et 62 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V° Avant-contrat, Fasc. 20, Promesse de vente, Formation du contrat*, 2021, n° 37 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 19 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 60 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 233.

³ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 198 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 92 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 234 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 135 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 284 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 72 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 395 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n°

parfois considéré qu'il fallait requalifier des contrats qualifiés de promesse unilatérale en promesse synallagmatique si la somme d'argent était très forte. Or, un contrat doit être qualifié en comparant les effets qu'il contient aux effets essentiels des différents contrats spéciaux. Par conséquent, si un contrat contient l'essence de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement, il ne peut être que qualifié ainsi. De plus, ce contrat peut d'autant moins être requalifié en promesse synallagmatique de contrat que celle-ci est relative à des consentements futurs en jurisprudence, et n'est pas la forme synallagmatique de la promesse unilatérale de contrat de l'article 1124, si bien qu'une forte obligation monétaire à la charge du bénéficiaire n'équivaut absolument pas à la présence des obligations de notification de consentements futurs essentielles de cette promesse synallagmatique.

Avec cette définition des effets de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement le champ d'application de cette promesse se dessine.

2. Le champ de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement

451. La vente. Généralement, la promesse unilatérale de contrat de l'article 1124 tend à la conclusion d'une vente³. Plus précisément, elle est utilisée le plus souvent pour la vente

198 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 163.

¹ Cass. com., 20 nov. 1962 : D. 1963, jurispr. p. 3 ; Cass. com., 9 nov. 1971 : JCP 1972, II, 16962 ; Cass. com. 13 févr. 1978, Bull. civ. IV, n° 60 ; Cass. 3^e civ., 26 sept. 2012, n° 10-23.912 : RDC 2013, p. 59, obs. Y.-M. Laithier ; RTD civ. 2012, p. 723, obs. B. Fages.

² Cass. com., 8 nov. 1972 : JCP G 1973, II, 17565, note B. Boccara ; Cass. com., 25 avr. 1989 : Bull. civ. IV, n° 136 ; RTD civ. 1990, p. 66, obs. J. Mestre ; Defrénois, 1990, art. 34889, obs. J. Honorat ; Defrénois 1991, 108, note Y. Dagorne-Labbé ; Cass. 1^{er} civ., 1^{er} déc. 2010, n° 09-65.673 : Bull. civ. I, n° 252 ; JCP G 2011, n° 481, note Y. Dagorne-Labbé ; JCP G 2011, n° 503, obs. P. Simler ; RLDC 2011/79, n° 4144, obs. C. Le Gallou ; RTD civ. 2011, 111, obs. J. Hauser ; RTD civ. 2011, 346, obs. B. Fages ; D. 2012, p. 461, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; RDC 2011, p. 420, obs. Y.-M. Laithier ; RDC 2011, p. 920, obs. S. Gaudemet ; Dr. et patr. 2011, 204, obs. P. Stoffel-Munck ; Defrénois 2011, 83, obs. V. Zalewski ; Defrénois 2011, 378, obs. G. Champenois.

³ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 2^e éd., LGDJ, 1902, n° 1399 ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 3 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 226 ; R. Lévrier, *Contribution à l'étude des promesses de vente*, th. Bordeaux, 1920, p. 2 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 473 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 37 ; P. Meurisse, *La promesse unilatérale de vente et la rescision pour cause de lésion*, th. Paris, 1925, p. 1 ; G. Rebour, *De la clause d'option dans les contrats*, th. Paris, 1927, n° 31 et s. ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 513 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 21 ; J.-C. Levret, *Les promesses de contrat au point de vue fiscal*, th. Paris, 1937, p. 19 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 267 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 12 ; J. Blazy, *Promesses de vente et droits fiscaux*, th. Toulouse, 1941, p. 21 ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 14 ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 11 ; C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 7 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 97 ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 3 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, p. 8 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 493 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 224 et s. ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 20 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, p. 123 et s. ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 65 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 821 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 191 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 139 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{er} éd., 2015, n° 199 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 256 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 235 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 28 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V^o Avant-contrat, Fasc. 20, Promesse de vente, Formation du contrat*, 2021, n° 1 et s. ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, 2021, n° 2 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 199 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica,

d'immeuble, mais aussi pour la conclusion de cessions, notamment celles de fonds de commerce ou de droits sociaux. Or, en pratique, les motifs de cette promesse sont très variés : laisser la liberté au bénéficiaire de conclure ou non une vente selon l'évolution économique, laisser au bénéficiaire le temps de trouver des capitaux pour la vente, de réfléchir et de s'informer sur le bien à vendre, de réaliser des démarches administratives et bancaires comme celles qui sont nécessaires pour une vente immobilière, éviter la conclusion avec un tiers d'une vente du bien présent en exemplaire unique dans la patrimoine du promettant. Ainsi, elle présente des avantages importants pour le bénéficiaire qui obtient un figement du consentement du promettant, source de sécurité précontractuelle contre la révocation et les cas de caducité de ce consentement inhérents à l'offre, sans supporter de risque, sauf celui de devoir payer l'indemnité d'immobilisation.

452. Les autres contrats. Plus rarement, la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement peut servir à conclure des contrats différents de la vente : société¹, bail², contrats de travail³, d'entreprise⁴, de cautionnement⁵, ou d'hypothèque⁶. Cependant, nous ne souscrivons pas à l'idée doctrinale selon laquelle cette promesse unilatérale de contrat contenant un consentement peut tendre à la conclusion d'un prêt⁷. En effet, le prêt est un contrat réel, donc sans remise de la chose, le consentement du prêteur ne peut être

10^e éd., 2021, n° 268 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 60 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 230.

¹ P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 39 ; J.-C. Levret, *Les promesses de contrat au point de vue fiscal*, th. Paris, 1937, p. 56 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 109 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 493 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 65 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 191 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 256 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 235.

² É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 255 et s. ; G. Rebour, *De la clause d'option dans les contrats*, th. Paris, 1927, n° 29 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 36 ; J.-C. Levret, *Les promesses de contrat au point de vue fiscal*, th. Paris, 1937, p. 53 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 107 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 492 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, p. 123 et s. ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 65 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 821 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 191 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 199 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 256 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 235 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 199 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 268 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 60 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 230.

³ P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 38 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 109 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 821 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 60.

⁴ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 230.

⁵ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 493.

⁶ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 821.

⁷ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 65 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 821 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 191 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 199 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 256 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 199 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 60.

qu'incomplet et non insérable dans une promesse unilatérale de contrat de l'article 1124. Plus généralement, cette dernière ne peut servir à conclure les autres contrats réels pour la même raison. Inversement, le prêt d'argent par un professionnel du crédit peut être conclu avec une promesse unilatérale de contrat contenant un consentement, car il n'est pas un contrat réel.

453. La promesse non croisée. La promesse unilatérale de l'article 1124 non croisée est généralement un contrat simple, mais elle peut aussi être contenue dans un contrat complexe, avec un autre contrat avec lequel elle a un lien d'utilité ou non. Par exemple, la promesse unilatérale peut tendre à la conclusion d'un contrat aux effets inverses de ceux de l'autre contrat contenu dans le contrat complexe : ainsi, un contrat complexe peut contenir une vente et une promesse unilatérale de contrat contenant un consentement à une vente inverse¹. Un autre exemple est celui du contrat complexe avec un contrat ayant des effets chronologiquement antérieurs à ceux de la promesse unilatérale de contrat : c'est le cas du contrat complexe contenant un bail et une promesse unilatérale de contrat contenant un consentement à une vente, avec fixation du prix par prise en compte des loyers versés².

454. Les promesses croisées. Les écrits et arrêts sont assez hétérogènes au sujet des promesses unilatérales de contrat croisées, qui ont été développées par la pratique, surtout dans le domaine des cessions de droits sociaux. En jurisprudence, des promesses unilatérales de vente et d'achat de parts sociales croisées avec les mêmes prix et parts furent requalifiées en engagement synallagmatique³, ou en vente⁴, sauf lorsqu'elles comportaient un délai d'option laissé à chacune des parties⁵. En revanche, des promesses unilatérales de vente et d'achat sur des parts sociales pouvant être respectivement invoquées à la suite ou en cas

¹ P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 111 ; R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, p. 7 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 229.

² P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 110 ; R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, p. 7 ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 2 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 229 ; R. Lévrier, *Contribution à l'étude des promesses de vente*, th. Bordeaux, 1920, p. 3 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 38 ; G. Thirion, *Le bail avec promesse de vente*, th. Nancy, 1930, p. 2 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 24 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 11 ; J. Blazy, *Promesses de vente et droits fiscaux*, th. Toulouse, 1941, p. 21 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 99 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 493 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris I, 1982, n° 224 et s. ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCI Notarial Formulaire, V° Avant-contrat, Fasc. 20, Promesse de vente, Formation du contrat*, 2021, n° 52 et s. ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 36 et s.

³ Cass. com., 18 juill. 1989, n° 88-12.543 : Inédit ; Bull. Joly 1989, p. 822, note C. Bacrot et P. Berger ; RTD civ. 1990, p. 66, obs. J. Mestre.

⁴ Cass. com., 16 janv. 1990, n° 88-16.265 : Inédit ; RTD civ. 1990, p. 462, obs. J. Mestre ; Bull. Joly, 1990, p. 272, note Y. Streiff ; JCP 1991, II, 21748, obs. C. Hannoun ; D. 1992, somm. 177, obs. J.-C. Bousquet et G. Bugeja ; Cass. com., 22 nov. 2005, n° 04-12.183 : Bull. civ. IV, n° 234 ; JCP E 2006, 1463, note A. Constantin ; RTD civ. 2006, p. 302, obs. J. Mestre et B. Fages ; Bull. Joly 2006, p. 377, note A. Couret et L. Cesbron ; Defrénois 2006, p. 605, obs. R. Libchaber.

⁵ Cass. com., 14 janv. 2014, n° 12-29.071 : Inédit.

d'impossibilité de prise d'effet d'un contrat de crédit-bail ne furent pas requalifiées¹. Parallèlement, les conceptions doctrinales des promesses unilatérales croisées sont diverses². De fait, des auteurs considèrent que les promesses unilatérales de vente croisées ne constituent pas une promesse synallagmatique de vente valant vente, d'une part, lorsque celles-ci ont des contenus identiques et ont été conclues pour différer le moment de la conclusion et le faire dépendre de l'exercice d'une option ouverte pendant un temps, lesquelles constituent une promesse synallagmatique de vente ne valant pas vente, et d'autre part, lorsque celles-ci ont des contenus différents, lesquelles coexistent. En revanche, si par les promesses unilatérales de vente croisées, leurs parties ont manifesté leur volonté de s'engager irrévocablement, avec le même contenu, il s'agit d'une promesse synallagmatique de vente valant vente pour la doctrine. Or, pour notre compte, cette expression de promesses unilatérales de contrat croisées englobe deux séries d'hypothèses diverses.

D'une part, il se peut que l'expression de promesses unilatérales croisées renvoie à un seul contrat, au sens de *negotium*. *Primo*, si un contrat croise des promesses unilatérales de contrat de l'article 1124, contenant un consentement, il constitue, dès lors qu'il contient la totalité des consentements identiques des parties au futur contrat, la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements complets, qui n'a guère été identifiée et qui est la version synallagmatique de celle de l'article 1124. En conséquence, la conclusion du contrat, qui est un effet attaché à chacun des consentements présents, ne dépend aucunement d'une quelconque levée d'option, qui est la manifestation du consentement du bénéficiaire, car ce consentement est contenu dans ce contrat croisant ces promesses de l'article 1124, mais elle est suspendue jusqu'à la survenance d'un événement futur. En revanche, si un contrat croise des promesses unilatérales de contrat contenant des

¹ Cass. 3^e civ., 26 juin 2002, n° 00-20.244 : Inédit ; Defrénois 2002, art. 37607, p. 1261, obs. É. Savaux ; RTD civ. 2003, p.77, obs. J. Mestre et B. Fages.

² Bull. Joly, 1990, p. 272, note Y. Streiff ; RTD civ. 1990, p. 462, obs. J. Mestre ; JCP 1991, II, 21748, obs. C. Hannoun ; Defrénois 2002, art. 37607, p. 1261, obs. É. Savaux ; RTD civ. 2003, p.77, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP E 2006, 1463, note A. Constantin ; Bull. Joly 2006, p. 377, note A. Couret et L. Cesbron ; D. 2006, p. 2793, chron. J. Moury ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 65 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 247 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 123 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 773 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 451 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 58 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-162 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 259 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 76 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 10^e éd., 2018, n° 447 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 103 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1105 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 257 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 22 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 260 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 5 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 392 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 256 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 160 ; B. Fages, *Droit des*

consentements différents, il constitue un contrat complexe contenant plusieurs promesses unilatérales de contrat contenant un consentement. *Secundo*, si un contrat croise des promesses unilatérales de contrat projetant un consentement, il constitue, dès lors qu'il contient des obligations de notification de la totalité des consentements identiques des parties au futur contrat, une promesse synallagmatique de contrat projetant des consentements, c'est-à-dire la promesse synallagmatique de contrat connue en jurisprudence par exception au principe de son assimilation à ce contrat promis. Ainsi, en pratique c'est cette dernière qui doit être utilisée avec des obligations de notification de consentement sous condition suspensive de réception du consentement de l'autre partie, lorsque des personnes ne veulent pas manifester pour le moment leurs consentements à une future cession de droits sociaux, mais veulent s'obliger réciproquement à les notifier.

D'autre part, il est possible que l'expression de promesses unilatérales croisées désigne des actes juridiques distincts, au sens d'*instrumentum*, mais conclus par les mêmes personnes. Premièrement, il est possible, même si cela n'est pas envisagé, qu'une personne manifeste son consentement par une promesse unilatérale de contrat contenant un consentement, puis que le bénéficiaire manifeste le sien, non par un acte unilatéral d'acceptation, mais par une autre promesse unilatérale de contrat contenant un consentement. Deuxièmement, il est possible que des personnes concluent des promesses unilatérales de contrat projetant des consentements, distinctes mais croisées, sans qu'il n'y ait lieu de les requalifier puisque celles-ci constituent des actes juridiques distincts.

Ainsi, la première des deux promesses de contrat contenant un consentement, est très connue et utilisée : elle est la promesse unilatérale de contrat de l'article 1124, qui s'oppose à la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements.

B. La définition de la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements

455. La version synallagmatique de cette promesse unilatérale de l'article 1124 n'a guère été conceptualisée : elle doit être définie (1), afin de pouvoir délimiter son champ (2).

1. La notion de promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements

456. La promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements n'a guère été identifiée, mais elle peut être définie par analogie avec la promesse unilatérale de contrat

contenant un consentement, de l'article 1124 du Code civil.

D'abord, ce qui caractérise cette promesse synallagmatique de contrat est avant tout la présence en elle des consentements complets de toutes les parties au contrat promis.

Ensuite, les premiers effets essentiels de cette promesse sont les obligations de ne pas anéantir son consentement à la charge de chacune de ses parties. Certes, la présence dans cette promesse des consentements de ses parties au contrat promis fait obstacle à la révocation unilatérale de celle-ci et de ceux-ci, puisqu'en vertu du principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat, la volonté manifestée par une partie de révoquer cette promesse synallagmatique ne produit pas seule son effet juridique d'anéantissement de la promesse. En revanche, seule une obligation de ne pas anéantir son consentement peut interdire à chaque partie de rendre caduque cette promesse synallagmatique.

Aussi, les seconds effets essentiels de cette promesse sont les effets de conclusion du contrat promis produits par chacun des consentements et nécessairement suspendus jusqu'à la survenance d'un événement constituant leur terme ou leur condition.

En outre, cette promesse a pour effet accessoire une obligation de paiement d'une somme d'argent à la charge d'une partie au profit d'une autre en contrepartie de l'obligation de ne pas anéantir le consentement de cette dernière.

En pratique, si des personnes ont manifesté la volonté de conclure un contrat qu'elles ont qualifié de promesse synallagmatique de contrat, sans définir les effets contenus dans cette promesse, il faut qualifier cette dernière en promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements, parce que celle-ci est le contrat appelé promesse synallagmatique par les sources existantes. Ainsi, la qualification de promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements ne devra être retenue que si elle est utilisée par les parties ou si ces dernières décrivent le contenu de cette promesse en mentionnant la présence des consentements au contrat promis ou les effets essentiels celle-ci.

Une fois définie cette promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements, il est possible d'imaginer son champ d'application.

2. Le champ de la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements

457. Les contrats promis. La promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements n'a guère été identifiée alors qu'elle peut être très utile en pratique.

De façon générale, elle permet à des personnes souhaitant d'ores et déjà manifester leurs consentements à un futur contrat, de le faire dans un contrat rendant leurs consentements

irrévocables unilatéralement, avec obligation de ne pas les anéantir, interdisant de rendre la promesse caduque, sans conclure pour le moment le contrat promis ; ce dernier sera conclu lorsque les consentements produiront leur effet de conclusion, au moment de la survenance d'un événement futur et certain ou incertain. Par conséquent, elle est l'instrument précontractuel assurant la plus grande sécurité, puisque ses parties ne peuvent plus échapper à la conclusion du contrat si l'événement se réalise, la volonté de révoquer cette promesse étant inefficace et tout acte la rendant caduque étant interdit. Par suite, elle devrait être préférée à la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements, sauf dans les cas dans lesquels cette dernière est seule utilisable parce que les parties ne peuvent pas ou ne veulent pas manifester leurs consentements complets lors de la conclusion de la promesse.

En particulier, cette promesse peut servir à conclure divers contrats spéciaux au premier rang desquels figure la vente d'immeuble. Plus précisément, lorsque des personnes sont d'accord pour manifester leurs consentements à une vente d'immeuble, il est préférable de recourir à la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements. *Primo*, cette promesse synallagmatique est préférable à la vente avec clause de réitération et ses incertitudes, si les personnes sont d'accord pour manifester leurs consentements à la vente et ne plus les anéantir, car cette promesse permet de rester dans la période précontractuelle de la vente tout en garantissant sa formation lors de la survenance d'un événement comme l'obtention d'un prêt. *Secundo*, la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements est préférable ici à la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements, dont la manifestation est parfois refusée, ce qui exige de recourir au juge afin d'obtenir une exécution forcée à l'issue incertaine. *Tertio*, cette promesse synallagmatique contenant les consentements est préférable à la promesse unilatérale de l'article 1124 utilisée en matière de vente d'immeuble alors que souvent les parties sont déjà d'accord pour conclure cette dernière. Cependant, pour conclure cette promesse synallagmatique contenant les consentements à la vente d'immeuble, il faut que ces derniers soient complets, ce qui exige l'obtention préalable de certaines informations d'urbanisme ou des services de la publicité foncière. Surtout, elle doit être conclue par acte notarié, qui formera une vente d'immeuble lors de la survenance d'un événement futur et pourra être faire l'objet de la publicité foncière.

458. Les contenants. La promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements sera généralement dans un contrat simple, rarement dans un contrat complexe. D'abord, ce contrat complexe peut contenir un contrat spécial et cette promesse

synallagmatique tendant à la conclusion d'un contrat spécial inverse. Ensuite, ce contrat complexe peut contenir un contrat spécial dont les effets sont antérieurs à ceux de cette promesse synallagmatique.

Ainsi, les promesses de contrat contenant un consentement garantissent une sécurité précontractuelle pleine : elles sont utilisables lorsqu'une partie ou toutes les parties au contrat promis peuvent et veulent manifester leur consentement au contrat promis. Parallèlement, les promesses de contrat projetant un consentement, obligent à notifier ce dernier : elles sont utilisables de manière subsidiaire par rapport aux promesses de contrat contenant un consentement, lorsque les parties ne peuvent pas ou ne veulent pas manifester leur consentement au contrat promis.

II. La définition des promesses de contrat projetant un consentement

459. Dans l'Ancien Droit les promesses de contrat connues étaient les promesses de contrat projetant un consentement : elles existent encore et créent une obligation de notification de consentement complet et futur à la charge respectivement d'une partie ou de tous les contractants. Leur forme unilatérale n'est plus le contrat qualifié de promesse unilatérale de contrat depuis 1945 et à l'article 1124 (A) ; leur forme synallagmatique est connue en jurisprudence et en doctrine par exception à l'assimilation de la promesse synallagmatique de contrat et du contrat promis (B).

A. La définition de la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement

460. La promesse unilatérale connue dans l'Ancien Droit était la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : elle fut reprise dans les travaux préparatoires de l'article 1589 du Code civil, puis par une partie de la doctrine jusqu'en 1945. En effet depuis 1945 le nom de promesse unilatérale de contrat ne sert qu'à désigner la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement de l'article 1124 du Code civil, qui contient le consentement du promettant et qui est née au XIX^e siècle à la suite de l'idée d'avant-contrat de Demolombe. Pour autant, la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement qui crée une obligation de notifier un consentement complet (1) n'a pas disparu depuis 1945 en pratique car elle conserve des intérêts (2).

1. La notion de promesse unilatérale de contrat projetant un consentement

461. L'effet essentiel. L'obligation de notifier un consentement complet à la charge d'une partie est l'effet essentiel de cette promesse unilatérale de contrat projetant un

consentement. Plus précisément, cette obligation pèse généralement sur une seule personne, auquel cas il n'existe qu'un promettant. Cependant, si le contrat promis comporte plus de deux parties, la promesse reste unilatérale dès lors que celle-ci ne crée cette obligation qu'à la charge d'une partie des futurs cocontractants.

D'abord, au plan pratique, il peut être difficile de déterminer celle des deux promesses unilatérales de contrat qui a été conclue. Cependant, la qualification de promesse unilatérale de contrat projetant un consentement ne peut être retenue que lorsqu'il est affirmé expressément dans une promesse unilatérale de contrat que celle-ci est relative à un consentement futur du promettant, ou crée une obligation de notifier un consentement à l'avenir, ou lorsque cela ressort implicitement du contenu de la promesse qui ne peut concerner qu'un consentement futur. En effet, le contrat qualifié de promesse unilatérale de contrat par l'article 1124 est relatif à un consentement présent du promettant, donc si un contrat est qualifié de promesse unilatérale, sans autre précision, il faut le qualifier en promesse de l'article 1124. Il en va de même si un contrat contient l'une des obligations utilisées historiquement pour définir indifféremment l'une et l'autre des promesses unilatérales de contrat, que sont les obligations de passer, de réaliser, de faire le contrat, ou de consentir, de donner un consentement, de contracter, de conclure¹.

Ensuite, les auteurs rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur affirmaient que devaient être déterminés les éléments essentiels du contrat promis². Pourtant, l'exigence de détermination du prix dans la promesse unilatérale relative à un consentement futur n'était pas posée par Pothier³. Ainsi, nous pensons que les exigences de détermination de l'espèce et de la quotité de l'objet de l'obligation de notifier un consentement complet, de l'ancien article 1129 et de l'article 1163 du Code civil, n'exigent pas que soient déterminés tous les effets abstraits, éléments concrets et la forme essentiels à la complétude du consentement. En effet, il suffit qu'une partie de ceux-ci soient déterminés lors de la conclusion du contrat pour que l'exigence de détermination de l'objet de l'obligation de notifier un consentement soit respectée. De fait, dans ce cas, le débiteur de cette obligation est libre de déterminer, lors de cette notification de son consentement complet les effets abstraits, éléments concrets et forme essentiels à la complétude que la promesse ne détermine pas.

¹ Voir ci-dessus n° 400 et s.

² L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 154 et s. ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 47 et s. ; J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 59 et s.

³ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1772, n° 481.

462. L'effet accessoire. Les parties peuvent insérer dans la promesse unilatérale de contrat projetant les consentements une obligation de paiement d'une somme d'argent à la charge du bénéficiaire au profit du promettant, qui n'est normalement pas présente dans cette promesse. Ainsi, les parties doivent déterminer précisément l'exigibilité de cette obligation. Néanmoins, si le montant de cette somme est très important, les juges ne doivent pas requalifier la promesse unilatérale en promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements, car à proprement parler une telle obligation n'équivaut pas à une obligation de notifier son consentement à la charge du bénéficiaire.

Une fois cette promesse définie, son champ d'application peut être délimité.

2. Le champ de la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement

463. La détermination générale du champ. La promesse unilatérale de contrat projetant un consentement présente divers intérêts, parce qu'elle oblige un promettant à notifier un consentement complet à l'avenir, alors qu'au moment de sa conclusion, celui-ci n'a pas la volonté ou la possibilité de manifester ce consentement. Néanmoins, si le promettant a la possibilité de manifester son consentement dès la conclusion de la promesse, il a tout intérêt à conclure la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement, car cette dernière assure une sécurité précontractuelle supérieure à la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement. En effet, avec la promesse de l'article 1124, est inefficace la volonté du promettant de révoquer son consentement, sans avoir à saisir le juge pour cela. En revanche, la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement présente un inconvénient lorsque le promettant, débiteur de l'obligation de notifier un consentement complet, refuse de le faire. De fait, le bénéficiaire est obligé de saisir le juge pour obtenir l'exécution forcée de l'obligation de notifier un consentement. En conséquence, cette promesse unilatérale de contrat projetant un consentement ne doit être utilisée que lorsque la promesse de l'article 1124 ne peut l'être.

Premièrement, elle a un grand avantage par rapport à la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement. Elle est utilisable lorsque des personnes ne veulent pas ou ne peuvent pas au moment de sa conclusion déterminer la totalité des effets abstraits, éléments concrets et forme essentiels à la complétude du consentement à notifier.

Deuxièmement, elle permet de rendre essentiels à la complétude du consentement, un effet abstrait, un élément concret ou une forme, avant que le promettant ne manifeste ce consentement, qui sera incomplet sans cet effet, cet élément ou cette forme.

Troisièmement, elle peut être utilisée notamment à la suite de la manifestation d'un consentement incomplet, afin d'obliger le débiteur à manifester un consentement complet. Plus précisément, cela permet d'obliger à avancer vers la complétude, sur l'*iter contractus*, qui est le chemin du contrat débutant par les consentements les plus incomplets et se terminant par les consentements complets.

Quatrièmement, elle peut être conclue, avec comme condition suspensive de son obligation de notification de consentement, le fait que son créancier demande cette notification.

Cinquièmement, elle peut être conclue, avec comme condition suspensive de son obligation de notification de consentement, le fait que son débiteur manifeste ce consentement. Certes, cette condition suspensive dépend totalement de la volonté du débiteur, mais selon nous elle n'est pas une condition potestative entraînant la nullité de ce contrat, car rapprochée de l'objet de l'obligation, elle ne contredit pas cette obligation qui permet bien d'obliger celui qui a manifesté un consentement, à le notifier à son créancier. D'ailleurs, il est possible d'ajouter à cette obligation de notifier un consentement une exclusivité par une obligation de ne pas notifier un consentement à un tiers : c'est alors un pacte de préférence.

Sixièmement, elle peut être à exécution successive, en ce sens qu'elle peut obliger le promettant à notifier non un consentement complet, mais plusieurs, échelonnés dans le temps. Plus précisément, il s'agit là d'un contrat cadre.

464. La détermination spéciale du champ. Déterminer les contrats qui sont conclus avec la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement revient à déterminer les contrats spéciaux conclus par cette promesse et les contrats pouvant contenir cette promesse.

En premier lieu, la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement est plus particulièrement utile pour la conclusion de certains contrats spéciaux. D'abord, les auteurs rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur soutenaient que celle-ci tendait à la conclusion d'une vente le plus souvent¹, mais aussi plus rarement d'un bail². Ensuite, la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement à un contrat réel oblige à notifier ce consentement et donc à remettre la chose, alors que la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement est exclue pour les contrats réels.

En second lieu, la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement est généralement

¹ L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 102 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 4 ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 20 ; J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 19.

² J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 31.

un contrat simple, mais, elle peut aussi être contenue dans un contrat complexe. Plus précisément, il se peut que le contrat contenu dans le même contrat complexe que la promesse unilatérale n'ait aucun lien d'utilité avec celle-ci, ou qu'il en ait un. Par exemple, il se peut que la promesse unilatérale de contrat projette un consentement à un contrat permettant de produire les effets inverses de ceux de l'autre contrat contenu dans le contrat complexe : ainsi, un contrat complexe peut contenir les effets d'une vente ainsi qu'une promesse unilatérale de contrat projetant un consentement futur à une telle vente¹. Un autre exemple est celui du contrat complexe avec un contrat ayant des effets chronologiquement antérieurs à ceux de la promesse unilatérale de contrat : c'est le cas du contrat complexe contenant un bail et une promesse unilatérale de contrat projetant un consentement².

Ainsi, le premier des deux contrats relatifs à des consentements complets et futurs est la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement ; le second est la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements connue en jurisprudence.

B. La définition de la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements

465. L'Ancien Droit connaissait la promesse synallagmatique de contrat relative à des consentements futurs reprise par les travaux préparatoires de l'article 1589 du Code civil. Mais ce dernier est interprété majoritairement depuis 1804 comme un principe d'assimilation de la promesse synallagmatique au contrat, dont l'exception reconnue est la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements connue dans l'Ancien Droit, dont la définition (1) permet de délimiter le champ (2).

1. La notion de promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements

466. L'explication. La promesse synallagmatique de contrat connue en jurisprudence par exception à l'assimilation avec le contrat promis a selon nous pour effets essentiels, des obligations de notification de consentement complet, à la charge de la totalité des futurs cocontractants, auxquelles peut s'ajouter une obligation de paiement d'une somme d'argent en tant qu'effet accessoire. Or, ce consentement complet à notifier par chaque partie peut être défini de façon fermée par les parties qui déterminent la totalité des effets abstraits, éléments concrets et forme essentiels à la complétude du consentement, ou plus rarement de manière ouverte, c'est-à-dire en laissant à chaque débiteur une liberté dans la détermination d'un ou

¹ L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 102 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 3.

² L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 102 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 3 ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 20 ; J.-R. Dautriche, *La*

plusieurs des effets abstraits et des éléments concrets ou de la forme essentiels à la complétude. Par exemple, les parties peuvent garder la liberté de fixer un élément concret comme le prix, éventuellement dans une fourchette.

467. L'application. Face à un contrat qualifié de promesse synallagmatique de contrat par ses parties, il faut normalement retenir la qualification de promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements qui est la promesse synallagmatique existant en jurisprudence par exception à l'assimilation avec le contrat promis.

D'abord, cette qualification doit être d'autant plus retenue si ce contrat évoque l'une des obligations classiquement évoquées pour définir cette promesse synallagmatique existant par exception à l'assimilation avec le contrat promis, même si ces définitions ne permettent pas de savoir si le consentement au contrat promis est futur ou présent. Ce sont les obligations de passer, réaliser, faire un contrat, de consentir, de contracter, de conclure, d'organiser la perfection du contrat définitif¹. À plus forte raison, cette qualification doit être retenue si les parties ont évoqué une des obligations suggérant que ces dernières sont relatives à des consentements futurs : ces sont les obligations ayant pour objet le consentement au contrat promis, de faire advenir l'élément constitutif formant le contrat, d'accomplir une formalité, de remettre la chose si le contrat visé est un contrat réel, de signer l'acte formaliste¹.

En revanche, cette qualification de promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements doit être écartée dans trois cas. *Primo*, si ce contrat contient une vente, il doit être requalifié en vente conformément au but initial de l'article 1589. *Secundo*, si ce contrat contient les consentements au contrat promis, il doit être qualifié en promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements. *Tertio*, si ce contrat n'évoque pas les consentements précités et aucune obligation, il s'agit d'une des volontés des pourparlers.

Une fois cette promesse définie, son champ peut être délimité.

2. Le champ de la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements

468. La détermination générale du champ. La promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements a diverses fonctions générales, découlant du fait qu'elle oblige les parties à notifier un consentement complet à l'avenir, alors qu'au moment de sa conclusion, ces parties ne veulent pas ou ne peuvent pas manifester leur consentement au contrat promis.

promesse unilatérale de vente en droit français, th. Paris, 1930, p. 18.

¹ Voir ci-dessus les définitions existantes de cette promesse n° 423 et s.

Cependant, les obligations créées par cette dernière ne sont parfois pas exécutées, ce qui exige de saisir le juge pour obtenir leur exécution forcée. Par suite, cette promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements ne devrait être utilisée que lorsque la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements ne peut l'être.

Premièrement, la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements est utilisable notamment lorsque des personnes ne veulent pas ou ne peuvent pas, au moment de sa conclusion, déterminer la totalité des effets abstraits, éléments concrets et forme essentiels à la complétude du consentement.

Deuxièmement, un des intérêts de cette promesse est bien connu : il est de permettre de rendre essentiels à la complétude, un effet abstrait, un élément concret ou une forme, c'est-à-dire la forme notariée en pratique, avant que les parties ne manifestent leurs consentements.

Troisièmement, elle peut être utilisée pour obliger à avancer vers la complétude, sur ce que nous appelons l'*iter contractus* : si des personnes ont manifesté des consentements incomplets à un contrat, elles peuvent s'obliger à se notifier réciproquement des consentements complets afin de se rapprocher de la conclusion du contrat.

Quatrièmement, elle peut servir à ses parties à se réserver réciproquement la possibilité d'exiger la notification d'un consentement complet, en ajoutant aux obligations de notification, la condition suspensive de demande par leur créancier de cette notification.

Cinquièmement, cette promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements peut servir pour se réserver réciproquement la possibilité de bénéficier de la notification d'un consentement complet et futur, en ajoutant aux obligations de notification de consentement, la condition suspensive de manifestation de ce consentement. Concrètement, chacune des parties s'assure la réception du consentement à un contrat promis que pourrait manifester à l'avenir l'autre partie. Or, cette condition suspensive dépend totalement de la volonté du débiteur de l'obligation de notification d'un consentement, mais n'est pas une condition potestative entraînant la nullité de ce contrat, car rapprochée de l'objet de l'obligation, elle ne contredit pas cette obligation : celui qui a manifesté un consentement, doit le notifier à son créancier. Parallèlement, il est possible d'ajouter à ces obligations de notification de consentements, une exclusivité par des obligations de ne pas notifier un consentement à un tiers : c'est alors un pacte de préférence synallagmatique.

¹ Voir ci-dessus les définitions existantes de cette promesse n° 423 et s.

Sixièmement, les obligations de notification de consentement créées par cette promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements peuvent être à exécution successive. Dès lors, leur exécution s'opérera par des notifications de consentements successives formant autant de contrats. Plus précisément, il s'agit d'un contrat cadre.

469. La détermination spéciale du champ. Le domaine de cette promesse synallagmatique projetant les consentements au plan des contrats spéciaux a deux aspects.

Primo, cette promesse peut servir à conclure de nombreux contrats spéciaux, au premier rang desquels figure la vente. En particulier, elle est utile lorsque des personnes souhaitent conclure un contrat réel, sans pour le moment pouvoir ou vouloir manifester leurs consentements avec remise de la chose : celles-ci s'obligent par cette promesse à se notifier réciproquement leurs consentements au contrat réel à l'avenir, donc à se remettre la chose.

Secundo, la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements est généralement un contrat simple, mais, elle peut aussi être contenue dans un contrat complexe avec un autre contrat spécial, avec lequel elle a un lien d'utilité le plus souvent.

Ainsi, il existe quatre promesses de contrat : deux connues dès l'Ancien Droit sont relatives à un consentement futur et créent des obligations de notifier ce dernier ; deux autres sont relatives à des consentements présent en elles. Or, le pacte de préférence et le contrat cadre sont les deux applications principales des premières.

Section II. La définition du pacte de préférence et du contrat cadre

470. Les promesses de contrat projetant un consentement ont deux grandes applications. La première est le pacte de préférence, qui est une promesse de contrat projetant un consentement, généralement unilatérale et plus rarement synallagmatique, créatrice d'une obligation de notifier un consentement complet, à la charge d'une ou de plusieurs parties, à laquelle est ajoutée une exclusivité par une obligation de ne pas notifier à un tiers un consentement complet (**I**). La seconde est le contrat cadre, qui contient toujours une promesse de contrat projetant un consentement, unilatérale ou synallagmatique, créatrice d'une obligation de notifier un consentement complet, dont la particularité est d'être à exécution successive, à laquelle est parfois ajoutée une exclusivité par une obligation de ne pas notifier à un tiers un consentement complet (**II**).

I. La définition du pacte de préférence

471. Comme cela fut noté après 1804¹, le pacte de préférence était connu dans l’Ancien Droit, en étant qualifié ainsi par certaines sources², et non par d’autres³, sans être présenté comme une promesse de contrat. De plus, la nature réelle ou personnelle du droit créé par ce pacte était débattue jusqu’aux travaux préparatoires du Code civil⁴, lequel ne traita pas de ce contrat. Puis son utilisation se développa au XIX^e siècle et surtout au XX^e. Or, ses définitions existantes sont très diverses (A) mais il faut en proposer une qui soit optimale (B).

A. Les définitions existantes du pacte de préférence

472. Les nombreuses définitions existantes du pacte de préférence divergent, car les unes ont recours à la notion d’obligation (2), alors que les autres n’y ont pas recours (1).

1. Les définitions du pacte de préférence sans obligation

473. Une promesse unilatérale de contrat. Depuis 1804, le pacte de préférence a été qualifié de promesse unilatérale de contrat, tant en jurisprudence⁵, que par des auteurs rattachant cette promesse à un consentement du promettant, futur⁶, présent⁷, ou dont le caractère présent ou futur n’était pas déterminé⁸. Néanmoins, la doctrine récente s’oppose généralement à cette idée⁹.

¹ *Les codes annotés de Sirey, vol. 1, code civil*, 1847, p. 421, note 1589-9 bis ; L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 93 ; L. Guillouard, *De la vente et de l’échange*, t. 1, 1889, n° 60 ; P. De Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 185 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 86 ; R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d’achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, n° 22 ; J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 62 ; J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 108.

² H. de Boniface, *Arrêts notables du Parlement de Provence*, t. 4, 1689, p. 458 ; *Recueil de plusieurs arrêts remarquables du Parlement de Toulouse de 1702 à 1714*, 1715, p. 442 ; J. de Combolas, *Décisions notables sur diverses questions du droit dans les arrêts du Parlement de Toulouse*, 1744, p. 42 ; *Recueil de plusieurs arrêts remarquables du Parlement de Toulouse de 1730 à 1734*, t. 5, 1758, p. 447 ; B.-L. Molières-Fonmaur, *Traité des droits de lods et ventes*, t. 1, 1783, p. 340.

³ G. de Maynard, *Questions de droit écrit dans les arrêts du Parlement de Toulouse*, 1638, p. 503 ; G. de Maynard, *Abrégé du recueil des arrêts notables du Parlement de Toulouse*, 1657, p. 68 ; C.-J. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 2, 1769, p. 395 et s. ; G. du Rousseaud de la Combe, *Œuvres de M. Antoine Despeisses*, t. 1, 1778, p. 40 et s.

⁴ *Observations des tribunaux d’appel sur le projet de Code civil*, partie 4, 1801, p. 66.

⁵ CA Limoges, 5 juin 1899 : S. 1901, 2, p. 113 et s. ; CA Nancy, 4 avr. 1906 : S. 1906, 2, 241 ; Cass. Req., 12 janv. 1926 : DH 1926, p. 116 ; Cass. civ., 13 nov. 1929 : D. P. 1929, 1, p. 131 ; Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 1962 : Bull. civ. I, n° 116 ; Cass. 3^e civ., 13 mars 1979, n° 77-15.031 : Bull. civ. III, n° 63 ; D. 1979, jurispr., p. 546, note E.-E. Franck ; RTD civ. 1980, p. 134, obs. C. Giverdon ; Defrénois 1979, p. 1651, note J.-L. Aubert ; Cass. 3^e civ., 16 mars 1994, n° 91-19.797 : Bull. civ. III, n° 58 ; Defrénois 1994, art. 35897, p. 1164, note L. Aynès ; D. 1994, jurispr., p. 486, note A. Fournier ; JCP N 1994, II, p. 310, note J. Maury.

⁶ L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 103 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 3 et 85 ; J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 99.

⁷ F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 24, 4^e éd. 1884, n° 17 ; L. Guillouard, *De la vente et de l’échange*, t. 1, 1889, n° 60 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 12, *De la vente et de l’échange*, 1900, n° 71 ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 4 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 5, 5^e éd., 1907, § 352, p. 56 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 40 ; H. Lalou, *Les pactes de préférence*, D. H., 1929, chron. p. 41 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 515 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d’immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 80 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 111 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, 2^e éd., Sirey, 1988, n° 125. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 237. P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 91 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 95 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 388.

⁸ L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 93 ; J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 17 ; J.-R. Dautriche, *La promesse unilatérale de vente en droit français*, th. Paris, 1930, p. 13 ; J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 19 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d’immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 20.

⁹ J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 20 ; P. Voirin, *Le pacte de préférence*, JCP 1954, 1, n° 1192 ; G. Durry, *Les*

Or, nous pensons que le pacte de préférence est une promesse de contrat projetant un consentement, généralement unilatérale et plus rarement synallagmatique, dont l'effet essentiel est une obligation de notifier un consentement futur, à laquelle est ajoutée une exclusivité par une obligation de ne pas notifier un consentement à un tiers. De fait, cette obligation de notifier un consentement complet n'interdit pas à son débiteur de notifier une telle volonté à un tiers. En revanche, une obligation de ne pas notifier un consentement à un tiers à la charge du promettant interdit à ce dernier toute notification d'un consentement déterminé à un tiers. Ainsi, cette promesse de contrat projetant un consentement est la seule qui soit pleinement satisfaisante pour instaurer une préférence contractuelle. En effet, les exigences de détermination de la nature et de la quotité de l'objet d'une obligation appliquées à l'obligation de notifier un consentement n'imposent pas que soient déterminés tous les effets abstraits et les éléments concrets essentiels à la complétude du consentement.

En revanche, le pacte de préférence n'est pas une promesse unilatérale de contrat contenant un consentement, définie à l'article 1124, pour plusieurs raisons. *Primo*, le pacte de préférence est apparu sous l'Ancien Droit alors que cette promesse de l'article 1124 est née au XIX^e siècle, à la suite de l'idée d'avant-contrat de Demolombe de 1868. *Secundo*, la promesse de l'article 1124 comporte à nos yeux une obligation de ne pas anéantir un consentement complet contenu en elle, laquelle ne fait pas toujours obstacle à la conclusion d'un contrat avec un tiers comme le fait le pacte de préférence, car cette obligation interdit cette conclusion seulement si cette dernière rend la promesse caduque, par exemple par transfert de propriété à un tiers de la chose à vendre. *Tertio*, la promesse unilatérale de l'article 1124 contient le consentement du promettant au contrat promis, donc les exigences de détermination de la

restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant, th. Paris, 1957, n° 158 et s. ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 168 ; C. Saint-Alary-Houin, *Le droit de préemption*, th. Paris 2, 1977, n° 248 et s. ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 250 et s. ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 388 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 50 et s. ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 656 et s. ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, LexisNexis, 1988, n° 14 et s. ; P. Jourdain, *Responsabilité pour violation d'un pacte de préférence*, RTD civ. 1997, p. 673 ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix, 1997, PUAM, 1997, n° 528 et s. ; M. Bruschi, *Le pacte de préférence*, Dr. et patr. juin 1999, n° 72, p. 64 ; JCP N 1999, p. 1327, étude J.-P. Garçon ; Contrats, conc. consom. n° 5, mai 2003, comm. 71, L. Leveneur ; L. Leveneur, *Pacte de préférence : liberté ou contrainte, rapport de synthèse*, Dr. et patr. janv. 2006, n° 144, p. 80 ; RDC 2006, p. 1131, obs. F. Collart Dutilleul ; JCP E 2006, 2378, note P. Delebecque ; T. Piazzon, *Retour sur la violation des pactes de préférence*, RTD civ. 2009, p. 433 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 195 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 799 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 292 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V^o Préemption et retraits*, 2014, n° 103 et s. ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 112 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 120-7 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 4^e éd., 2019, n° 271 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V^o Pacte de préférence*, 2019, n° 15 et s. ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 4 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 220 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse*

nature et de la quotité de l'objet de l'obligation imposent que les effets abstraits et les éléments concrets essentiels à la complétude du consentement soient déterminés dans la promesse. Or, souvent en pratique, les personnes voulant accorder une préférence pour la conclusion d'un contrat ne peuvent pas ou ne veulent pas déterminer à la fois les effets abstraits et les éléments concrets essentiels à la complétude du consentement. C'est pour cela que cette technique de la promesse unilatérale de l'article 1124 n'est souvent pas adaptée afin d'accorder une préférence pour un contrat.

474. Un avant-contrat. Le pacte de préférence a été plus récemment défini comme un avant-contrat d'avant-contrat¹, ou un avant avant-contrat². Cependant, la notion d'avant-contrat est floue³, alors qu'il faut définir les contrats par leurs effets essentiels.

475. Un droit de préemption. De nombreux auteurs ont soutenu que le pacte de préférence crée un droit de préemption⁴, ce qui a été critiqué⁵. Or, les règles de préemption ne créent pas les deux obligations essentielles au pacte de préférence et ne prévoient pas les mêmes sanctions que celles devant s'appliquer au pacte de préférence.

Primo, les règles de préemption exigent une notification au potentiel préempteur, soit du contenu du contrat projeté⁶, ce qui est parfois présenté comme une offre par les textes⁷, soit d'une future adjudication⁸. Certes, deux textes mentionnent le terme obligation⁹, mais les

unilatérale, oct. 2020, n° 33 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 33 et s.

¹ M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 659.

² Defrénois 2007, p. 1048, obs. R. Libchaber ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 195 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260.

³ Voir ci-dessus n° 370.

⁴ É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 235 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 901 ; J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 38 ; J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 13 et s. ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 31 ; G. Durry, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, th. Paris, 1957, n° 153 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 111 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 386 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, 2^e éd., Sirey, 1988, n° 125 ; JCP N 1991, 101566, étude J.-G. Raffray ; JCP N 1999, p. 1327, étude J.-P. Garçon ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 485 ; L. Leveneur, *Pacte de préférence : liberté ou contrainte, rapport de synthèse*, Dr. et patr. janv. 2006, n° 144, p. 80 ; JCP G 2006, II, 10142, note L. Leveneur ; Defrénois 2007, p. 1048, obs. R. Libchaber ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 195 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 292 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Préemption et retraits*, 2014, n° 6 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 54 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 212 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Pacte de préférence*, 2019, n° 5 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 94 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 282 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 212 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 248 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 58.

⁵ C. Saint-Alary-Houin, *Le droit de préemption*, th. Paris 2, 1977, n° 260 et s. ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 535 ; M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 31 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 253.

⁶ C. rur., art. L412-8 ; CPI, art. L132-30 ; L. n° 75-1351, 31 déc. 1975, art. 10 ; C. com., art. L145-46-1 ; C. urb., art. L214-1 ; C. urb., art. L215-14 ; L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 15 ; C. civ., art. 815-14.

⁷ C. rur., art. L412-8 ; L. n° 75-1351, 31 déc. 1975, art. 10 ; L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 15.

⁸ C. rur., art. L412-11 ; CPI, art. L132-30 ; C. urb., art. L214-7 ; C. urb., art. L215-14 ; C. civ., art. 815-15.

⁹ CPI, art. L132-30 ; C. rur., art. L412-12.

autres textes exigeant ces notifications n'évoquent pas l'existence d'obligations de notification ou de non-notification d'un consentement, comme celles du pacte de préférence.

Secundo, les textes prévoient généralement la sanction de la nullité du contrat qui a été conclu avec un tiers alors que n'a pas été respectée l'exigence de notification du contenu du contrat projeté¹, ou d'information sur une adjudication². Or, cette nullité est la sanction de l'irrespect des conditions de validité des contrats conclus avec un tiers par une personne soumise aux règles de préemption : elle ne peut être vue comme l'exécution forcée d'une obligation de ne pas notifier de consentement à un tiers, car les règles de préemption ne créent pas une telle obligation, au contraire du pacte de préférence créant une telle obligation dont l'inexécution doit être sanctionnée par une exécution forcée sous forme de nullité.

Tertio, certaines règles de préemption prévoient que leur bénéficiaire peut se substituer au tiers, dans le contrat conclu entre la personne sur laquelle pèsent les règles de préemption et un tiers, généralement par adjudication³, ou dans un cas indifféremment avec ou sans cette dernière⁴. Toutefois, cette substitution n'est pas une exécution forcée d'une obligation de notifier un consentement au bénéficiaire des règles de préemption ou d'une obligation de ne pas notifier un consentement à un tiers, que les textes précités ne prévoient pas.

476. Un droit de préférence. Certaines sources définissent le pacte de préférence comme un contrat créant un droit de préférence⁵, de priorité⁶, ou d'option⁷. Cependant, le bénéficiaire n'a pas un droit de préférence ou de priorité, mais deux créances, constituant les aspects actifs des deux obligations pesant sur le promettant, de ne pas notifier un consentement complet aux tiers et de notifier un consentement complet au bénéficiaire.

477. Un consentement. Le pacte de préférence a pu être défini comme le contrat par lequel le promettant donne son consentement sur la personne du futur cocontractant, sans

¹ L. n° 75-1351, 31 déc. 1975, art. 10 ; C. urb., art. L213-1 ; C. com., art. L145-46-1 ; C. urb., art. L214-1 ; C. urb., art. L215-14 ; L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 15 ; C. civ., art. 815-16.

² C. rur., art. L412-11 ; CPI, art. L132-30 ; C. civ., art. 815-16 ; C. urb., art. L215-14.

³ C. rur., art. L412-11 ; L. n° 75-1351, 31 déc. 1975, art. 10 ; C. urb., art. L213-1 ; C. urb., art. L215-19 ; C. urb., art. R214-7 ; C. civ., art. 815-15.

⁴ C. patr., art. L123-1.

⁵ L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 454, n° 16 ; C. Beudant, *Cours de droit civil français, La vente et le louage*, 1908, n° 304 ; I. Najjar, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris, 1966, n° 146 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 523 ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 486 ; D. Mazeaud, *L'exécution des contrats préparatoires*, RDC 2005, p. 61, n° 9 ; N. Blanc, *Le pacte de préférence et le temps*, Mélanges M.-S. Payet, 2011, p. 55 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Prémption et retraits*, 2014, n° 105 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 129.

⁶ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 195 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 54 ; F. Chénéfé, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 60.

⁷ G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Pacte de préférence*, 2019, n° 19 et s.

créer d'obligation¹. Néanmoins, le pacte de préférence ne contient pas le consentement du promettant et s'il contenait un consentement incomplet du promettant, portant sur la seule identité du bénéficiaire, cela n'interdirait pas de contracter avec un tiers en l'absence d'obligation prohibant la notification d'un consentement complet à un tiers.

Ainsi, des définitions du pacte de préférence ne l'appréhendent pas par les obligations qu'il crée ; d'autres définitions le saisissent par les obligations qu'il crée.

2. Les définitions du pacte de préférence avec obligation

478. Le pacte de préférence est aussi défini avec une obligation, de faire², ou de ne pas faire³, ou deux obligations, l'une de faire et l'autre de ne pas faire⁴.

¹ A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992, n° 825 ; D. Mazeaud, *L'exécution des contrats préparatoires*, RDC 2005, p. 61, n° 9 ; D. R. Martin, *Des promesses précontractuelles*, Méli. Béguin, Litec, 2005, p. 487.

² L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 93 ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 24, 4^e éd. 1884, n° 17 ; L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 103 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 85 ; R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, n° 3 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 12, *De la vente et de l'échange*, 1900, n° 71 ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 149 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 40 ; H. Lalou, *Les pactes de préférence*, D. H., 1929, chron. p. 41 ; J.-R. Dautriche, *La promesse unilatérale de vente en droit français*, th. Paris, 1930, p. 13 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 20 ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 15 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 111 et 214 ; J.-M. Mousseron, *La durée dans la formation du contrat*, Mélanges A. Jauffret, LGDJ, 1974, p. 514 ; J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46, n° 3 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 258 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 186 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 654 ; D. 1997, p.475, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1997, p. 673, P. Jourdain ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 35 ; Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 2002, n° 00-13.669 ; Bull. civ. I, n° 192 ; D. 2002, IR 2515 ; RTD civ. 2003, p. 107, obs. P.-Y. Gautier ; O. Barret, *Variations autour du refus de contracter*, Mélanges J.-L. Aubert, Dalloz, 2005, n° 18 ; L. Leveneur, *Pacte de préférence : liberté ou contrainte, rapport de synthèse*, Dr. et patr. janv. 2006, n° 144, p. 80 ; P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2006, article 1106-1 ; JCP N, 2006, 1256, note B. Thuillier ; Defrénois 2007, p. 1048, obs. R. Libchaber ; D. 2007, p. 2444, obs. J. Théron ; O. Barret, Rép. civ. Dalloz, V° *Promesse de vente*, 2011, n° 33 ; Defrénois 2012, p. 622, H. Kenfack ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 58 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 91 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 195 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 149 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 212 ; M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 31 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 253 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 165 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122.141 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 95 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 71 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 60 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 93 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1106 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 1 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 212 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 85 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 248 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 58 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 225.

³ É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 235 ; G. Durry, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, th. Paris, 1957, n° 162 et s. ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 401 ; J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 295 ; H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 135-2 ; Contrats, conc. consom. 2003, comm. 71, L. Leveneur ; JCP G 2006, II, 10142, note L. Leveneur ; T. Piazon, *Retour sur la violation des pactes de préférence*, RTD civ. 2009, p. 433 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 195 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 112 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 447 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260 ; P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, n° 25 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 224 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 388.

⁴ J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 99 ; J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 79 et 96 ; J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 50 ; C. Saint-Alary-Houin, *Le droit de préemption*, th. Paris 2, 1977, n° 248 et 250 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 387 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 523 et 552 ; J. Schmidt, *La période précontractuelle en droit français*, RID comp. 1990, p. 545 et s. ; RTD civ. 1993, p. 346, note J. Mestre ;

479. Une obligation de faire utilisée pour les promesses. Certaines définitions mentionnent une obligation qui a été aussi utilisée par les sources existantes pour définir la promesse unilatérale de contrat ou la promesse synallagmatique de contrat. Plus précisément, ces définitions soutiennent que le pacte de préférence crée une obligation de vendre sous condition suspensive¹, ou par préférence², de contracter³, conclure⁴, passer un contrat⁵, avec le bénéficiaire par préférence ou priorité. Néanmoins, ces obligations sont imprécises et susceptibles de désigner une obligation de faire relative à un consentement présent ou futur.

480. Une obligation de faire non utilisée pour les promesses. Certaines définitions du pacte de préférence mentionnent une obligation qui n'a pas été utilisée pour définir la promesse unilatérale de contrat.

Ainsi, des définitions du pacte de préférence affirment que ce dernier crée une obligation de préférence⁶, ou de priorité⁷. Cependant, ces définitions ne permettent pas de savoir si le pacte de préférence est relatif à un consentement présent ou futur.

De même, ne peuvent convaincre les définitions du pacte de préférence selon lesquelles celui-ci crée une obligation de négocier de bonne foi⁸, ou selon l'article 1123 du Code civil de

J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 487 ; Contrats, conc. consom. 2005, comm. 3, L. Leveneur ; JCP E 2006, 2378, note P. Delebecque ; Gaz. Pal., 2006, n° 208, p. 12, note Y. Dagonne-Labbe ; T. Piazzon, *Retour sur la violation des pactes de préférence*, RTD civ. 2009, p. 433, n° 7 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 808 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 774.

¹ F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 24, 4^e éd. 1884, n° 17 ; R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, n° 3 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 40 ; J.-R. Dautriche, *La promesse unilatérale de vente en droit français*, th. Paris, 1930, p. 13 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 20 ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 15.

² F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 24, 4^e éd. 1884, n° 17 ; L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 93 ; L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 103 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 85 ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 149 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 12, *De la vente et de l'échange*, 1900, n° 71 ; H. Lalou, *Les pactes de préférence*, D. H., 1929, chron. p. 41 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 20 ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 15.

³ CA Toulouse, 17 mai 1880 : S. 1880, 2, p. 322 ; J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 57.

⁴ J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 35 ; L. Leveneur, *Pacte de préférence : liberté ou contrainte, rapport de synthèse*, Dr. et patr. janv. 2006, n° 144, p. 80 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, 6^e éd., 2013, n° 91 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, *Economica*, 7^e éd., 2014, n° 292 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 95 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, *Economica*, 10^e éd., 2021, n° 248.

⁵ J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 57, 79 et 96 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 58.

⁶ J.-M. Mousseron, *La durée dans la formation du contrat*, Mélanges A. Jauffret, LGDJ, 1974, p. 514 ; J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46, n° 3 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 111 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Prémption et retraits*, 2014, n° 97 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 54 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 85 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 58.

⁷ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 225.

⁸ T. Piazzon, *Retour sur la violation des pactes de préférence*, RTD civ. 2009, p. 433, n° 7 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 774 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 212 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1106.

proposer prioritairement au bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où le promettant déciderait de contracter¹. En effet, les mots projet, traiter et négocier sont techniquement imprécis. En particulier, des auteurs ont relevé l'ambiguïté du verbe traiter utilisé par l'article 1123, pouvant désigner une offre ou une invitation à entrer en pourparlers². Or, selon certains³, le pacte de préférence ne peut obliger qu'à faire une offre, alors que d'autres auteurs soutiennent que ce pacte peut obliger à faire une offre ou une invitation à entrer en pourparlers selon les cas⁴. À l'analyse, ces mots de projet, négocier et traiter sont susceptibles de désigner un consentement incomplet caractéristique des pourparlers, ou un consentement complet et futur, alors que seul ce dernier est l'objet de l'obligation de notification créée par le pacte de préférence. De fait, le contrat créant une obligation de notification de consentement incomplet est différent des promesses de contrat projetant un consentement complet, que contient le pacte de préférence.

En revanche, sont plus pertinentes les obligations de notifier⁵, adresser⁶, proposer⁷, ou faire⁸, une offre au bénéficiaire, d'offrir ou de proposer la conclusion d'un contrat en priorité ou par préférence au bénéficiaire⁹, ou de donner son adhésion au contrat promis¹⁰, car avec elles le consentement du promettant au contrat promis est futur.

481. Une obligation de ne pas faire. Certaines sources définissent le pacte de

¹ P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2006, article 1106-1 ; P. Puig, *La phase précontractuelle*, Dr. et patr. n° 258, mai 2016, p. 52 ; M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations, le pacte de préférence*, JCP N 2016, n° 41, act. 1102 ; M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 31 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 192 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122.141.

² Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 24 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 253.

³ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 253 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 165.

⁴ M. Poumarède et D. Savouré, *Les avant-contrats*, Dr. et patr. 2016, n° 262, p. 39 ; C. Grimaldi, *Le pacte de préférence et le notariat*, Defrénois 2016, 1067 ; F. Chénéde et O. Herrnberger, *Les avant-contrats*, JCP N 2017, n° 17, 1164 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 60.

⁵ P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 111 et 214 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 258.

⁶ T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 71.

⁷ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{er} éd., 2015, n° 212 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 212.

⁸ C. Saint-Alary-Houin, *Le droit de préemption*, th. Paris 2, 1977, n° 248 et 250 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 186 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 654 ; RTD civ. 1997 p. 673, P. Jourdain ; Contrats, conc. consom. 2005, comm. 3, L. Leveneur ; S. Lequette, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, RTD civ. 2013, p. 491.

⁹ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 387 ; J. Schmidt, *La période précontractuelle en droit français*, RID comp. 1990, p. 545 et s. ; D. 1997, p.475, obs. D. Mazeaud ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 487 ; O. Barret, *Variations autour du refus de contracter*, *Mélanges J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, n° 18 ; Defrénois 2007, p. 1048, obs. R. Libchaber ; D. 2007, p. 2444, obs. J. Théron ; O. Barret, Rép. civ. Dalloz, V° *Promesse de vente*, 2011, n° 33 ; Defrénois 2012, p. 622, H. Kenfack ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 237 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 195 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 808 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 149 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 95 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 1 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 75 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 69.

¹⁰ J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 99 ; J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 50.

préférence comme un contrat créateur d'une obligation de ne pas faire, seule ou avec obligation de faire. Or, pour ces sources l'objet de cette obligation de ne pas faire est de ne rien faire nuisant à cette priorité¹, ou compromettant le droit de préférence², de ne pas contracter³, ou conclure⁴, un contrat avec un tiers, ou de ne pas vendre à un tiers⁵. Toutefois, cet objet doit être défini précisément comme le fait de ne pas notifier de consentement complet à un tiers. Plus précisément, le pacte de préférence ne crée pas une seule obligation, parce qu'une obligation de faire seule ne permet d'obliger le promettant qu'à notifier un consentement complet au bénéficiaire, mais celle-ci ne lui interdit pas de le notifier à un tiers, ce qui ne peut être réalisé que par une obligation de ne pas faire. Symétriquement, une obligation de ne pas notifier un consentement à un tiers ne suffirait pas pour imposer au promettant de notifier un consentement au bénéficiaire.

Les définitions existantes du pacte de préférence sont donc très diverses, mais leur analyse permet d'en élaborer une.

B. La définition proposée du pacte de préférence

482. La définition du pacte de préférence (1) délimite son champ (2).

1. La notion de pacte de préférence

483. Nous considérons que le pacte de préférence est une promesse de contrat projetant un consentement complet, généralement unilatérale et plus rarement synallagmatique, créant une obligation pour le promettant de notifier au bénéficiaire un consentement complet et futur, à laquelle est ajoutée une obligation pour le promettant de ne pas notifier un consentement complet à un tiers. Or, l'obligation de notifier un consentement complet au

¹ M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 523 et 552 ; RTD civ. 1993, p. 346, note J. Mestre.

² S. Lequette, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, RTD civ. 2013, p. 491 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 388.

³ G. Durry, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, th. Paris, 1957, n° 162 et s. ; C. Saint-Alary-Houin, *Le droit de préemption*, th. Paris 2, 1977, n° 248 et 250 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 387 ; J. Schmidt, *La période précontractuelle en droit français*, RID comp. 1990, p. 545 et s. ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 487 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 253.

⁴ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 401 ; JCP G 2006, II, 10142, note L. Leveneur ; T. Piazzon, *Retour sur la violation des pactes de préférence*, RTD civ. 2009 p. 433, n° 7 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 195 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 774 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 447 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 120-4 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260 ; P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, n° 25 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 224.

⁵ É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 235 ; J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 99 ; J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 295 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 135-2 ; *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. 71, L. Leveneur ; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 3, L. Leveneur ; JCP E 2006, 2378, note P. Delebecque ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 112 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, p. 294 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 248 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 85.

bénéficiaire comporte souvent une condition suspensive, qui est pour le promettant le fait de manifester un consentement complet, mais qui peut ne pas exister.

484. La présence d'une condition de manifestation. Généralement, l'obligation de notifier un consentement au bénéficiaire est assortie d'une condition suspensive de manifestation du consentement du promettant, alors que l'obligation de ne pas notifier de consentement complet à un tiers est pure et simple. Or, le consentement complet que le promettant s'oblige à notifier au bénéficiaire, le consentement complet que le promettant s'oblige à ne pas notifier à un tiers et le consentement complet qui est la condition suspensive de l'obligation de notification peuvent être définis identiquement, ou non.

D'abord, ces consentements peuvent être définis identiquement, en visant un même contrat, ou une pluralité de contrats.

D'une part, ces consentements peuvent être définis par les parties en visant un même contrat spécial, ce qui est dangereux parce que cela n'interdit pas la conclusion de contrats proches de celui promis. Par exemple, le pacte de préférence pour la vente d'une maison de Barbizon n'interdit pas la notification à un tiers d'un consentement à tout autre contrat translatif de propriété de celle-ci. Plus précisément, ces consentements peuvent être définis sans mention d'un élément concret ou à l'aide d'une fourchette pour un élément concret. Par exemple, un pacte de préférence concerne la vente d'une œuvre de J.-F. Millet dans une fourchette de prix. D'autre part, les consentements qui sont l'objet et la condition suspensive de l'obligation de notification et l'objet de l'obligation de non-notification peuvent concerner différents contrats identifiés par leur nom, ou par un effet. Par exemple, un pacte de préférence concerne la vente et l'échange d'une parcelle agricole de la plaine de l'Angélus. Cela assure une préférence large mais le bénéficiaire est rarement intéressé par des contrats très différents.

Ensuite, le consentement dont la manifestation est une condition suspensive de l'obligation de notifier un consentement complet, ce dernier consentement et le consentement dont la notification à un tiers est interdite, peuvent être définis avec des différences.

D'une part, il est possible de définir le consentement dont la notification aux tiers est interdite, plus largement que le consentement constituant la condition suspensive de l'obligation de notification et le consentement objet de cette dernière. Ainsi, cela permet d'interdire la notification d'un consentement plus large que celui dont la manifestation déclenche l'exigibilité de l'obligation de notifier ce dernier au bénéficiaire. *Primo*, il est possible que cette différence concerne les effets abstraits contenus dans ces consentements,

parce que les noms ou les effets abstraits des contrats visés ne sont pas identiques. Par exemple, l'obligation de ne pas notifier de consentement à un tiers peut concerner tout contrat translatif de propriété d'un appartement de Fontainebleau reçu par donation-partage, et l'obligation de notifier un consentement au bénéficiaire peut concerner exclusivement la vente de cet appartement sous condition de manifester un consentement à cette vente. *Secundo*, il est possible que cette différence entre les consentements concerne les éléments concrets essentiels seuls. Par exemple, l'obligation de ne pas notifier de consentement à un tiers concerne toute vente d'une parcelle boisée longeant la forêt de Fontainebleau obtenue par un partage entre héritiers, quel que soit le prix, alors que l'obligation de notifier un consentement aux autres héritiers bénéficiaires concerne une vente à un prix déterminé précisément ou dans une fourchette, sous condition de manifester ce consentement à une vente.

D'autre part, il est possible de définir le consentement dont la notification aux tiers est interdite et le consentement constituant la condition suspensive de l'obligation de notification plus largement que le consentement objet de cette obligation de notification. Plus précisément la différence entre ces consentements peut concerner les effets abstraits seuls, les éléments concrets seuls ou ces effets et éléments. Par exemple, le pacte de préférence oblige le promettant à ne pas notifier à un tiers de consentement à un contrat translatif de propriété d'actions d'une société dans une fourchette de prix, ainsi qu'à notifier au bénéficiaire un consentement à la vente de ces actions sous condition de manifester un consentement à tout contrat translatif de propriété de ces actions.

Plus rarement, l'obligation de notifier un consentement complet ne comporte pas de condition suspensive de manifestation de ce consentement.

485. L'absence d'une condition de manifestation. L'obligation de notification de consentement complet peut comporter un terme suspensif ou une condition suspensive différente de la condition suspensive précitée. Ainsi, dès la conclusion du pacte, le promettant est obligé de ne pas notifier un consentement complet à un tiers, puis lors de la survenance d'un événement, il doit notifier un consentement complet au bénéficiaire.

D'abord, cette obligation de notification peut avoir pour condition suspensive le fait de recevoir un consentement complet d'un tiers¹ : les sources existantes parlent ici de clause

¹ J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 22 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 515 ; J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 21 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 258 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 386 ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 54 et s. ; M. Bruschi, *Le pacte de préférence*, Dr. et patr. juin 1999, n° 72, p. 64 ; J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 496 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCI*.

d'offre concurrente, qui a le grand intérêt d'imposer au promettant de notifier au bénéficiaire le même consentement que celui notifié par un tiers. *Primo*, le consentement que le promettant s'oblige à ne pas notifier à un tiers et ce consentement d'un tiers qui est la condition suspensive de l'obligation de notifier un consentement complet au bénéficiaire, peuvent être définis en visant plusieurs contrats spéciaux différents par leurs noms ou un effet contenu en eux, alors que le consentement que le promettant s'oblige à notifier au bénéficiaire peut être défini en visant un seul contrat. Par exemple, un pacte de préférence peut prévoir que si le propriétaire d'un appartement de Fontainebleau reçoit une offre de contrat translatif de propriété de celui-ci, il ne pourra l'accepter mais devra notifier au bénéficiaire un consentement complet à la vente de cet appartement. *Secundo*, le consentement que le promettant s'oblige à ne pas notifier à un tiers, le consentement d'un tiers qui est la condition suspensive de l'obligation de notifier un consentement complet au bénéficiaire, et ce dernier peuvent être définis en visant un seul contrat, comme la vente de cet appartement bellifontain. Par ailleurs, cette obligation de notifier un consentement peut avoir pour condition suspensive le fait que le bénéficiaire manifeste son consentement complet ou sa volonté de recevoir le consentement complet du promettant.

Enfin, l'obligation de notification consentement complet au bénéficiaire peut être à terme, au contraire de l'obligation de ne pas notifier de consentement complet à un tiers, pure et simple. Par exemple, un promettant s'engage à notifier au bénéficiaire son consentement à une vente de son bien à une date, tout en s'interdisant de notifier à un tiers un même consentement, ou tout consentement à un contrat translatif de propriété de ce bien.

Une fois le pacte de préférence défini, son champ peut être délimité.

2. Le champ du pacte de préférence

486. La vente. Généralement le consentement complet que le promettant s'oblige à notifier tend vers la conclusion d'une vente¹. En particulier, le recours au pacte de préférence est souvent motivé par la volonté d'éviter la sortie d'un bien de la famille², mais il peut l'être

Civil Code, Art. 1109, *Consentement*, 2012, n° 58 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code*, Art. 1123, *Pacte de préférence*, août 2020, n° 52.

¹ F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 24, 4^e éd. 1884, n° 17 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 3 et 85 ; R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, p. 7 ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 149 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 237 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 192 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code*, Art. 1123, *Pacte de préférence*, août 2020, n° 34 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 225.

² H. Lalou, *Les pactes de préférence*, D. H., 1929, chron. p. 41 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 32 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 252 ; A. Zenouzi, *La*

aussi par la volonté d'un propriétaire d'acquérir un bien proche du sien ou lié juridiquement par une indivision ou une copropriété¹, ou par la volonté du preneur à bail de se réserver une préférence de vente sur le bien loué².

Primo, il s'agit souvent d'une vente d'immeuble³. D'ailleurs, nous voyons dans le contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire, régi par l'article L261-15 du Code de la construction et de l'habitation, un pacte de préférence, comme cela a pu être affirmé⁴. Cependant, le contrat promis peut porter sur un bien meuble, comme des droits sociaux pour éviter que ceux-ci ne soient cédés à des personnes étrangères à la société⁵, un fonds de commerce⁶, ou un produit pour un commerçant qui souhaite obtenir une exclusivité¹.

Secundo, cette obligation de notifier un consentement complet est généralement à exécution

promesse unilatérale de vente immobilière en droit français, th. Genève, 1946, p. 14 ; N. Blanc, *Le pacte de préférence et le temps*, Mélanges M.-S. Payet, 2011, p. 55 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 192 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Pacte de préférence*, 2019, n° 36.

¹ P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 32 ; G. Durry, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, th. Paris. 1957, n° 138 ; C. Saint-Alary-Houin, *Le droit de préemption*, th. Paris 2, 1977, n° 248 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 391 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 83 ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix, 1997, PUAM, 1997, n° 36 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Prémption et retraits*, 2014, n° 100 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 111 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 93 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 388.

² P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 31 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, 2^e éd., Sirey, 1988, n° 125 ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 14.

³ L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 94 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 454, n° 16 ; J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 23 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 515 ; G. Durry, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, th. Paris. 1957, n° 138 ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix, 1997, PUAM, 1997, n° 36 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 58 ; S. Lequette, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, RTD civ. 2013, p. 491 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 111 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 292 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 212 ; M. Mekki, *Les contrats préparatoires, principes et clauses contractuelles*, JCP N 2016, n° 1112 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Pacte de préférence*, 2019, n° 35 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 219 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 129.

⁴ J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46, n° 3.

⁵ H. Lalou, *Les pactes de préférence*, D. H., 1929, chron. p. 41 ; J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 27 ; J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 185 et s. ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 31 ; G. Durry, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, th. Paris. 1957, n° 138 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 252 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 392 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 91 ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix, 1997, PUAM, 1997, n° 38 ; N. Blanc, *Le pacte de préférence et le temps*, Mélanges M.-S. Payet, 2011, p. 55 ; S. Lequette, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, RTD civ. 2013, p. 491 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 195 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 91 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 111 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 292 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 212 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 120-22 ; M. Mekki, *Les contrats préparatoires, principes et clauses contractuelles*, JCP N 2016, n° 1112 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 192 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 95 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Pacte de préférence*, 2019, n° 32 et s. ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 93 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 36 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 219 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 212 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 162.

⁶ J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 288 ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix, 1997, PUAM, 1997, n° 38 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Prémption et retraits*, 2014, n° 97 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 129.

instantanée, en ce sens qu'elle oblige seulement à notifier une fois un consentement complet à une vente. Toutefois, elle peut être à exécution successive. Ainsi, certains auteurs ont souligné le fait que la clause d'approvisionnement exclusif et celle de monopole sont des pactes de préférence² : de fait, ce sont des pactes de préférence à exécution successive.

Tertio, ce pacte de préférence pour une vente peut être contenu dans un contrat simple. À l'inverse, il peut être contenu dans un contrat complexe, contenant le pacte de préférence pour une vente d'un bien, ainsi qu'un autre contrat spécial, comme une vente de ce bien pour le cas de revente³, un bail de ce bien⁴, ou un partage intéressant ce bien⁵.

487. Les autres contrats. Plus rarement, l'obligation de notification de consentement complet créée par le pacte de préférence, assortie d'une condition suspensive de manifestation de consentement, tend à la conclusion d'un contrat différent de la vente : un contrat de travail⁶, de bail⁷, d'édition¹, de donation², d'entreprise³, de partage⁴, ou de prêt⁵.

¹ J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 21.

² C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 293.

³ L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 454, n° 16 ; L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 103 ; P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 185 ; L. Guillouard, *De la vente et de l'échange*, t. 1, 1889, n° 60 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 3 et 85 ; R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, p. 7 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil, t. 12, De la vente et de l'échange*, 1900, n° 71 ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 149 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 5, 5^e éd., 1907, § 352, p. 56 ; C. Beudant, *Cours de droit civil français, La vente et le louage*, 1908, n° 304 ; J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 119 ; H. Lalou, *Les pactes de préférence*, D. H., 1929, chron. p. 41 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 31 ; G. Durry, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, th. Paris, 1957, n° 138 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 391 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 81 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Prémption et retraits*, 2014, n° 100 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 111 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 220.

⁴ J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 38 et 122 ; G. Durry, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, th. Paris, 1957, n° 138 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 391 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 64 et s. ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix, 1997, PUAM, 1997, n° 37 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 58 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Prémption et retraits*, 2014, n° 100 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 111 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 212 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 120-22 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 220 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 212 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 85 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 162.

⁵ L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 454, n° 16 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 391 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 84 ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix, 1997, PUAM, 1997, n° 36 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 111 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Prémption et retraits*, 2014, n° 112 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Prémption et retraits*, 2014, n° 100 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 212 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 192 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 212.

⁶ J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 26 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 393 ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix, 1997, PUAM, 1997, n° 39 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 192.

⁷ G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil, t. 12, De la vente et de l'échange*, 1900, n° 74 ; H. Lalou, *Les pactes de préférence*, D. H., 1929, chron. p. 41 ; J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 25 ; J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 154 ; G. Durry, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, th. Paris, 1957, n° 139 ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix, 1997, PUAM, 1997, n° 37 ; S. Lequette, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, RTD civ. 2013 p. 491 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Prémption et retraits*, 2014, n° 97 et 111 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 85 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 225.

Parallèlement, dans ces cas, le consentement complet que le promettant s'engage à ne pas notifier à un tiers peut être défini comme le consentement qu'il s'engage à notifier au bénéficiaire ou plus largement, afin d'interdire au promettant la conclusion de divers contrats.

Ainsi, le pacte de préférence est à nos yeux l'une des deux applications principales des promesses de contrat projetant des consentements ; l'autre est le contrat cadre.

II. La définition du contrat cadre

488. Le contrat cadre est apparu au début du XX^e siècle dans la pratique des brasseries⁶, puis a été développé dans divers domaines économiques (A). Certes il a été défini par l'ordonnance du 10 février 2016, à l'article 1111 du Code civil, comme un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures, dont les modalités d'exécution seront précisées par des contrats d'application. Cependant, cette notion demeure mystérieuse⁷. C'est pourquoi, nous définissons le contrat cadre comme un contrat simple ou complexe qui contient une promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement, créant une obligation de notification de consentement complet, dont la particularité est d'être à exécution successive (B).

A. Le champ du contrat cadre

489. Les applications du contrat cadre relèvent de la distribution (1) ou non (2).

1. Le contrat cadre dans le domaine de la distribution

490. Le contrat de concession exclusive. Il est défini comme celui par lequel un concédant, fournisseur, s'engage sur un territoire à ne vendre ses produits qu'à l'autre partie, le concessionnaire, distributeur qui s'engage à passer commandes auprès du concédant, et toujours⁸, ou éventuellement¹, à ne pas les passer auprès de tiers. Ainsi, il a été affirmé qu'une

¹ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 394 ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix, 1997, PUAM, 1997, n° 40 ; N. Blanc, *Le pacte de préférence et le temps*, Mélanges M.-S. Payet, 2011, p. 55 ; S. Lequette, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, RTD civ. 2013, p. 491 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 120-22 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz*, V° Pacte de préférence, 2019, n° 38.

² M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 88 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 111.

³ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 225.

⁴ M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 33.

⁵ H. Lalou, *Les pactes de préférence*, D. H., 1929, chron. p. 41 ; S. Lequette, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, RTD civ. 2013, p. 491.

⁶ J. Marchand, *Des rapports existant dans le nord de la France entre brasseurs et débitants tenus de se fournir obligatoirement de marchandises chez eux*, th. Lille, 1930 ; H. Fortier, *Conditions de validité de la clause d'exclusivité d'approvisionnement imposée par les brasseurs aux débitants*, th. Nancy, 1933 ; P. Falcimaigne, *Les conventions de fourniture exclusive en brasserie dans la région du Nord de la France*, th. 1944 ; J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 3.

⁷ N. Dissaux, *Les mystères du contrat cadre*, AJ contrat 2017, p. 104.

⁸ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 88 et s.

obligation de contracter existe ici à la charge des deux parties², mais le contraire a aussi été soutenu³. Parallèlement, la jurisprudence relative à la détermination du prix a affirmé que ce contrat de concession crée des obligations de faire et non les obligations de la vente⁴. À l'analyse, le contrat de concession exclusive crée à la charge de chaque partie une obligation de notification de consentements complets aux contrats dont il organise la conclusion, et une obligation de ne pas notifier à des tiers de tels consentements complets.

491. Le contrat d'approvisionnement exclusif. Dans ce contrat, c'est le seul distributeur qui est tenu par un engagement d'approvisionnement exclusif⁵, en contrepartie d'une obligation d'assistance technique, commerciale ou financière⁶. Par exemple, constituent des contrats d'approvisionnement exclusif, les contrats de bière⁷, qui apparaissent notamment dans la jurisprudence relative à la détermination du prix⁸, tout comme les contrats de pompistes de marque⁹, qui apparaissent aussi dans cette jurisprudence¹⁰. Toutefois, le même contenu contractuel se retrouve dans d'autres domaines, comme celui du commerce de détail¹¹. Plus précisément, par le passé, la clause d'approvisionnement exclusif a été définie comme créatrice, d'une obligation de ne pas s'approvisionner ailleurs à la charge du distributeur, et d'une obligation de vente à la charge du fournisseur, caractéristique, non pas d'un pacte de préférence, mais d'une promesse unilatérale de vente¹². À l'analyse, le contrat d'approvisionnement exclusif crée à la charge de chaque partie une obligation de notification de consentements complets aux contrats dont il organise la conclusion, ainsi qu'une obligation de ne pas notifier de tels consentements à des tiers à la charge du distributeur.

492. Le contrat de distribution sélective. Ce contrat est défini comme celui par lequel un fournisseur s'engage à approvisionner un distributeur sélectionné, qui peut acheter et

¹ A. Sayag, ss dir., *Le contrat-cadre*, vol. 2, Litec, 1994, n° 25 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194.

² J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 90.

³ D. 1991, p. 237, obs. D. Ferrier, n° 5 ; A. Sayag, ss dir., *Le contrat-cadre*, vol. 2, Litec, 1994, n° 48.

⁴ Cass. com., 22 janv. 1991, n° 88-15.961 : Bull. civ. IV n° 36 p. 22.

⁵ A. Sayag, ss dir., *Le contrat-cadre*, vol. 2, Litec, 1994, n° 97.

⁶ A. Sayag, ss dir., *Le contrat-cadre*, vol. 2, Litec, 1994, n° 109 et s.

⁷ A. Sayag, ss dir., *Le contrat-cadre*, vol. 2, Litec, 1994, n° 98.

⁸ Cass. com., 12 févr. 1974, n° 72-13.959 : Bull. civ. n° 54 ; Cass. com., 11 oct. 1978, n° 77-11.624 : Bull. civ. n° 225 ; Cass. com., 16 juill. 1991, n° 89-19.080 : inédit.

⁹ A. Sayag, ss dir., *Le contrat-cadre*, vol. 2, Litec, 1994, n° 98.

¹⁰ Cass. com., 27 avr. 1971, n° 69-10.843 : Bull. civ. n° 106 ; Cass. com., 27 avr. 1971, n° 69-12.939 : Bull. civ. n° 109 ; Cass. com., 27 avr. 1971, n° 70-10.752 : Bull. civ. n° 107 ; Cass. com., 27 avr. 1971, n° 70-10.753 : Bull. civ. n° 107 ; Cass. com., 5 nov. 1971, n° 70-11.593 : Bull. civ. n° 263 ; Cass. com., 5 nov. 1971, n° 70-11.920 : Bull. civ. n° 262.

¹¹ Cass. com., 5 oct. 1982, n° 81-12.448 : Bull. civ. n° 298.

¹² DP 1931, jurisp. p. 41, note P. Voirin.

vendre des produits d'autres fournisseurs¹. Plus précisément, en doctrine, il a été affirmé qu'une obligation de contracter existe ici à la charge du seul fournisseur², qui a aussi une obligation d'exclusivité³. En particulier, selon certaines sources, il peut parfois obliger le distributeur sélectionné à se fournir auprès de ce fournisseur⁴. Par exemple, la jurisprudence relative à la détermination du prix montre un tel contrat de distribution sélective, avec exclusivité à la charge du fournisseur⁵. À l'analyse ce contrat contient à la charge du seul fournisseur, une obligation de notification, au distributeur sélectionné, de consentements complets aux contrats dont il organise la conclusion.

493. Le contrat de distribution agréée. Ce contrat est défini comme créateur, à la charge d'un fournisseur, d'une obligation d'approvisionner un commerçant distributeur agréé⁶, ou d'une obligation de contracter, alors que ce distributeur n'a aucune obligation de contracter⁷. À l'analyse, ce contrat crée à la charge du fournisseur, une obligation de notification, au distributeur agréé, de consentements complets aux contrats d'application.

494. Le contrat de franchise. Ce contrat comporte plusieurs obligations. Les premières sont celle pour le franchiseur de transférer un savoir-faire à un franchisé, et celle pour le franchisé de l'utiliser⁸. Les deuxièmes sont des obligations, en droit par une clause ou en fait selon certaines sources⁹, généralement mais pas toujours présentes selon d'autres¹⁰, de conclure des contrats d'application, de s'approvisionner¹¹. La troisième qui n'est pas toujours présente en lui, est une exclusivité d'approvisionnement à la charge du distributeur¹². À l'analyse ce contrat de franchise crée notamment des obligations de notification de consentements complets aux contrats dont il organise la conclusion, à la charge du franchisé et du franchiseur, parfois sous la condition suspensive de manifester de tels consentements. Par exemple, l'ancienne jurisprudence relative à la détermination du prix¹³, et l'un des arrêts

¹ A. Sayag, ss dir., *Le contrat-cadre*, vol. 2, Litec, 1994, n° 121 et s. ; J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 98.

² J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 100.

³ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 100.

⁴ A. Sayag, ss dir., *Le contrat-cadre*, vol. 2, Litec, 1994, n° 142.

⁵ Cass. com., 9 nov. 1987, n° 86-13.984, Bull. civ. IV, n° 237 p. 177.

⁶ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 102.

⁷ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 102.

⁸ A. Sayag, ss dir., *Le contrat-cadre*, vol. 2, Litec, 1994, n° 56 et s. ; J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 91 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 40.

⁹ A. Sayag, ss dir., *Le contrat-cadre*, vol. 2, Litec, 1994, n° 85 et s.

¹⁰ D. 1991, p. 237, obs. D. Ferrier, n° 5 ; J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 93.

¹¹ A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 40.

¹² A. Sayag, ss dir., *Le contrat-cadre*, vol. 2, Litec, 1994, n° 70 et s. ; J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 91 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 109 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 40.

¹³ Cass. com., 12 janv. 1988, n° 86-12.838 : Bull. civ. IV n° 31.

de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1995¹, sont l'illustration du contrat de franchisage.

495. Le contrat de référencement. Ce contrat est défini comme un contrat conclu entre un fournisseur et une centrale d'achat, préparant généralement la conclusion de contrats entre le fournisseur et ses affiliés². Or, il est présenté comme créateur d'une obligation de contracter à la charge du fournisseur³. Cela dit, trois cas de figure existent⁴. Le premier est celui de la centrale passant commande au fournisseur et faisant en sorte que celui-ci livre directement ou par son intermédiaire les affiliés : une obligation de notification de consentements complets aux contrats dont il organise la conclusion semble ici créée à la charge du fournisseur et de la centrale, ou de l'un d'eux. Le deuxième est celui de la centrale agissant en qualité d'acheteur et revendeur : celle-ci est débitrice d'une obligation de notification de consentements complets aux contrats dont le contrat de franchise organise la conclusion. Le troisième est celui de la centrale laissant conclure les contrats de vente directement entre le fournisseur et les affiliés, ce qui crée, à la charge du fournisseur, une obligation de notification de consentements complets aux contrats dont le contrat de franchise organise la conclusion.

496. Le contrat d'affiliation. Ce contrat est conclu entre un affilié et une centrale, devant négocier pour lui une offre de contrat auprès d'éventuels fournisseurs, qu'elle doit leur faire parvenir⁵. Plus précisément, certaines sources affirment que ce contrat ne crée aucune obligation de contracter à la charge de l'affilié, libre d'accepter les offres des fournisseurs⁶, alors que d'autres considèrent qu'une telle obligation peut exister en cas d'obligation d'achat minimal auprès des fournisseurs, mais aussi qu'une exclusivité d'approvisionnement peut être mise à la charge de l'affilié⁷. Cependant, la centrale est obligée de notifier à l'affilié, les consentements complets manifestés par les fournisseurs, et il peut exister une obligation de l'affilié de notifier des consentements complets aux fournisseurs.

497. Les autres contrats cadres de distribution. La doctrine affirme que certains contrats cadres de distribution ne créent aucune obligation de contracter, lorsque ceux-ci sont relatifs à des ventes éventuelles de biens qui seront conclues si le fournisseur et le distributeur

¹ Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-19.653 : Bull. A. P. n° 8 p. 15.

² A. Sayag, ss dir., *Le contrat-cadre*, vol. 2, Litec, 1994, n° 151 et s. ; C. Lavabre, *Éléments de la problématique du contrat-cadre*, RJDA 2002, p. 603, n° 4 ; J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 95.

³ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 97.

⁴ C. Lavabre, *Éléments de la problématique du contrat-cadre*, RJDA 2002, p. 603, n° 4.

⁵ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 67.

⁶ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 67.

⁷ A. Sayag, ss dir., *Le contrat-cadre*, vol. 2, Litec, 1994, n° 158.

le veulent¹. De fait, ces derniers ne sont pas obligés purement et simplement de manifester leurs consentements à ces ventes futures. À l'analyse, ce type de contrat cadre de distribution comporte, comme les précédents, une obligation de notification de consentements complets aux contrats dont ils organisent la conclusion, à la charge de l'une des parties, ou des deux, mais cette obligation est affectée d'une condition suspensive, qui est le fait de manifester un de ces consentements. En effet, si cette manifestation d'un consentement intervient, le débiteur de l'obligation de notification doit l'exécuter, en respectant l'objet de cette obligation qui lui impose d'insérer un certain contenu dans ce consentement et éventuellement d'utiliser une forme déterminée pour lui.

498. L'analyse des contrats cadres de distribution. Nous pensons que tous les contrats cadres de distribution créent une obligation de notification de consentements complets aux contrats dont ils organisent la conclusion. Parfois, certains contrats cadres de distribution contiennent aussi une clause d'exclusivité, à la charge du seul distributeur², du seul fournisseur³, ou des deux⁴, que nous analysons comme une obligation de ne pas notifier de consentements complets à des tiers. Mais ils peuvent aussi contenir diverses obligations d'assistances, technique, commerciale, industrielle ou financière⁵ : le contrat est alors complexe, car il contient plusieurs contrats. Ainsi, le domaine de prédilection du contrat cadre est la distribution, mais ce dernier s'applique dans d'autres domaines.

2. Le contrat cadre hors du domaine de la distribution

499. Le contrat cadre d'escompte. Il est défini comme le contrat par lequel un établissement de crédit s'engage à accepter l'escompte des effets de commerce demandé par son client à l'avenir⁶. Il est présenté comme créateur d'une obligation de contracter à la charge du seul établissement de crédit⁷. À l'analyse, le contrat cadre d'escompte crée, à la charge de l'établissement de crédit, une obligation de notification, au client présentant des effets de commerce à l'escompte, de consentements complets aux conventions d'escompte.

500. Le contrat cadre d'affacturage. Il est défini comme toujours créateur à la charge d'un établissement de crédit, d'une obligation de conclure des futurs contrats d'affacturage,

¹ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 35.

² J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 116.

³ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 121.

⁴ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 123.

⁵ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 105 et s.

⁶ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 79.

⁷ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 80.

sur présentation des factures comportant des créances au profit du client¹, et parfois créateur de la même obligation à la charge du client², aussi tenu d'une obligation d'exclusivité. À l'analyse ce contrat cadre d'affacturage crée toujours, à la charge de l'établissement de crédit, une obligation de notification au client de consentements complets à des contrats d'affacturages, lors de la remise de factures par son client, libre de lui présenter celles-ci ; parallèlement, il crée parfois, à la charge du client, la même obligation de notification de consentements complets à des contrats d'affacturage, à l'établissement de crédit, s'exécutant par la présentation de ses factures, mais aussi une obligation de ne pas notifier à des tiers de tels consentements complets à des contrats d'affacturage, afin de garantir une exclusivité.

501. Le contrat cadre de cessions Dailly. Il est défini comme créateur d'une obligation de conclure ces cessions, à la charge du client, lui imposant de présenter l'ensemble de ses créances à l'établissement de crédit, sur lequel une telle obligation ne pèse pas³. À l'analyse, ce contrat-cadre crée à la charge du client, une obligation de notification, à l'établissement de crédit, de consentements complets à des cessions Dailly.

502. Le contrat cadre de services bancaires. Il est présenté comme un contrat organisant la conclusion entre ses parties de futurs contrats de services bancaires⁴. Plus précisément, il est affirmé qu'il ne crée aucune obligation de contracter⁵. Certes, ses parties ne sont pas obligées purement et simplement de manifester à l'avenir des consentements à ces services bancaires. Néanmoins, ce contrat-cadre crée des obligations de notification de consentements complets à des contrats de services bancaires, avec un certain contenu et une éventuelle forme, sous condition suspensive de manifestation de tels consentements.

503. Le contrat cadre d'exploitation des droits d'auteur. Il existe le contrat cadre d'exploitation des droits d'un auteur pour ses futures œuvres, conclu entre lui et un éditeur⁶. Or, il a pu être soutenu qu'il ne crée aucune obligation de contracter⁷. En effet, l'auteur n'est pas obligé de manifester un consentement à un contrat d'édition. Cependant, ce contrat crée à la charge de l'auteur, d'une part, une obligation de notification à l'éditeur de consentements complets à des contrats d'édition de ses futures œuvres, sous condition suspensive de les manifester lorsqu'il décide de publier ses œuvres, et d'autre part, une obligation de ne pas

¹ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 81.

² J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 82.

³ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 84.

⁴ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 16.

⁵ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 16.

⁶ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 39.

⁷ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 41.

notifier à un tiers de tels consentements.

504. Le contrat cadre sur la forme des contrats d'application. Il définit la forme que devront prendre les futurs contrats conclus entre ses parties¹. C'est pourquoi, il a été soutenu qu'il ne crée pas d'obligation de contracter². Certes, ses parties ne sont pas obligées de manifester sans condition leurs consentements à l'avenir. Pourtant, ce contrat crée une obligation de notification de consentements complets, avec une certaine forme, à la charge de chacune de ses parties, sous la condition suspensive de leur manifestation.

505. Le contrat cadre sur la réserve de propriété. Il oblige ses parties à insérer une clause de réserve de propriété dans leurs contrats³. Cela dit, il a été soutenu qu'il ne crée aucune obligation de contracter⁴. De fait, ses parties ne sont pas obligées de manifester sans condition leurs consentements aux ventes éventuelles. Néanmoins, il crée à la charge de chacune de ses parties, une obligation de notification de consentements complets à des ventes, en y insérant une clause de réserve de propriété, sous condition suspensive de manifestation de tels consentements complets à des ventes.

506. Le contrat cadre de sous-traitance. Il organise la conclusion de futurs contrats de sous-traitance⁵, qui a pu être présenté comme créateur d'une obligation de contracter à la charge du sous-traitant⁶. C'est pourquoi il crée, à la charge du sous-traitant, une obligation de notification, à son cocontractant voulant recourir à la sous-traitance, de consentements complets à des contrats de sous-traitance.

507. Le contrat cadre de service. Il concerne les contrats de service, comme le contrat d'entreprise⁷. Par exemple, dans la jurisprudence relative au prix⁸, des contrats de location d'installation téléphonique prévoyaient que toute modification de l'installation serait faite par le bailleur. À l'analyse, il s'agissait, à la charge du locataire, d'une obligation de notification, au bailleur, de consentements complets à des contrats d'entreprise, créateurs eux-mêmes d'obligations de modification de l'installation téléphonique.

¹ M. S. Zaki, *Le formalisme conventionnel, illustration de la notion de contrat-cadre*, RID comp. 1986, p. 1043 et s., n° 58 et s. ; J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 43.

² J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 45.

³ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 52 ; C. Lavabre, *Éléments de la problématique du contrat-cadre*, RJDA 2002, p. 603, n° 14.

⁴ C. Lavabre, *Éléments de la problématique du contrat-cadre*, RJDA 2002, p. 603, n° 3 ; J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 53.

⁵ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 132.

⁶ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 133.

⁷ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 142.

⁸ Cass. 1^{er} civ., 29 nov. 1994, n° 91-21.009 : Bull. civ. I n° 348 p. 251 ; Cass. civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, n° 92-16.267 : inédit ; Cass. ass. plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578 : Bull. A. P. n° 7 p. 13 ; Cass. ass. plén. 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688 : Bull. A. P. n° 9 p. 16 ; Cass. ass. plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.999 : Bull. A. P. n° 7 p. 13.

Ainsi, le domaine du contrat cadre est très étendu ; les définitions de ce dernier sont symétriquement très diverses.

B. La définition du contrat cadre

508. Les définitions du contrat cadre, dont celle de l'article 1111 du Code civil, sont très diverses mais ce contrat cadre reste mystérieux (1), donc il faut en proposer une (2).

1. Les définitions existantes du contrat cadre

509. Les définitions sans obligation. Diverses définitions du contrat cadre ne nous convainquent pas parce qu'elles n'évoquent pas d'obligation, alors qu'un contrat doit être défini par les effets juridiques qu'il crée et constituant des obligations ou non.

D'abord, les manuels de droit des obligations, qui étudient souvent sommairement le contrat cadre, saisissent ce dernier comme le contrat définissant le socle normatif¹, le cadre général², les principales règles³, certains principes⁴, les principaux éléments⁵, les grandes lignes⁶, qui vont régir leurs futures relations, qualifiées de contrats d'application ou d'exécution. En particulier, l'article 1111 du Code civil, issu de la réforme de 2016, donne une définition du contrat cadre, reprise en doctrine⁷, comme un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures et dont les modalités d'exécution sont précisées par des contrats d'application. De même, il est soutenu que le contrat cadre ne crée généralement pas d'obligation, mais un effet de modification de l'ordonnement juridique⁸, ou une nécessité de contracter⁹. Néanmoins, toutes ces notions manquent de consistance technique et de précision.

Par ailleurs, la thèse de M. Gatsi affirme que l'unité des contrats cadres réside, d'une part,

¹ G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 152 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1340.

² M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 278.

³ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 253.

⁴ C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 181.

⁵ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 104.

⁶ P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 94.

⁷ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 15^e éd., 2016, n° 945 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, éd. F. Lefebvre, 2016, n° 154 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 13 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 119 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 29 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 53 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 121-63 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 91 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 28 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 40 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 165.

⁸ P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771, n° 25 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 119 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 152.

⁹ F. Pollaud-Dulian et A. Ronzano, *Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes*, RTD com. 1996, p.179, n° 24.

dans des éléments catégoriques communs, la nécessité des consentements au contrat cadre et aux contrats d'application¹, ainsi que sa cause catégorique, l'*affectio modulus*², c'est-à-dire la volonté de standardiser les différents contrats³, et d'autre part, dans l'identité de leurs effets⁴. Cependant, cette notion de volonté de standardiser les contrats d'application est mystérieuse et inconsistante, alors qu'un contrat doit être défini par ses effets.

510. Les définitions avec obligation. Certaines sources affirment que le contrat cadre, selon les cas, crée ou ne crée pas d'obligation de contracter ou de conclure⁵. Cependant, il est aussi affirmé que le contrat cadre crée une obligation de contracter, sans autre précision⁶, ou une obligation de faire⁷, dont l'objet est, de conclure⁸, de passer les commandes et les honorer⁹. Cependant, l'obligation de contracter comme l'obligation de passer commande ont été utilisées par la doctrine pour définir la promesse unilatérale de contrat relative à un consentement futur, celle de l'article 1124 relative à un consentement présent et la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements qui existe par exception à l'assimilation de celle-ci au contrat promis. En conséquence, ces obligations sont imprécises et font croire que la conclusion est inévitable, alors que cette conclusion peut dépendre de la manifestation de son consentement aux contrats d'application par une partie au contrat cadre. En revanche, l'idée selon laquelle le contrat de fourniture est une promesse synallagmatique de contrat à exécution successive est plus intéressante¹⁰, à condition de bien définir celle-ci.

2. La définition proposée du contrat cadre

511. L'explication. Le seul moyen technique à la disposition des personnes pour organiser et standardiser, de manière contraignante, la conclusion de futurs contrats, sans manifester pour le moment les consentements à ces derniers, est de créer une obligation de faire, dont l'objet est la notification de consentements complets à ces futurs contrats. Or, cette obligation est l'effet essentiel de la promesse unilatérale de contrat projetant un

¹ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 232 et s.

² J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 297 et s.

³ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 328.

⁴ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 347 et s.

⁵ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996, n° 13, 14 et 76 ; C. Lavabre, *Éléments de la problématique du contrat-cadre*, RJDA 2002, p. 603, n° 3 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 119 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 91 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 253 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 104 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 165.

⁶ J. Schmidt, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ. 1974, p. 46 et s., n° 3 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 94.

⁷ D. 1991, p. 237, n° 3, obs. D. Ferrier ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194.

⁸ M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 20, Promesse synallagmatique*, oct. 2020, n° 7.

⁹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194.

¹⁰ M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 20, Promesse synallagmatique*, oct. 2020, n° 7.

consentement, connue dès l'Ancien Droit mais qui n'est plus désignée par l'expression de promesse unilatérale de contrat depuis 1945. Parallèlement, cette obligation de notifier un consentement complet est créée à la charge de la totalité de ses parties par la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements, connue dès l'Ancien Droit et aujourd'hui en jurisprudence par exception à l'assimilation avec le contrat promis. Par conséquent, le contrat cadre n'est pas un contrat spécial, se définissant en tant que tel par un effet essentiel à son existence, ou plusieurs. En revanche, il est une notion de la théorie générale des contrats, désignant un contrat simple ou complexe contenant une promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement en créant une obligation de notification de consentement complet à exécution successive.

512. L'application. L'objet et les modalités de l'obligation de notification permettent d'adapter le contrat cadre aux souhaits des parties.

D'abord, cette obligation de notification de consentements complets peut préciser tout ou partie des effets abstraits et des éléments concrets essentiels à la complétude du consentements à notifier. En effet, l'exigence, par la théorie de l'objet de l'obligation, d'une quotité déterminée ou déterminable, et d'une nature déterminée, lorsqu'elle est appliquée à l'obligation de notification de consentements complets, est remplie si une partie de ceux-ci est déterminée par le contrat-cadre.

Ensuite, cette obligation de notification de consentements complets peut préciser la forme de ceux-ci, afin de la rendre essentielle à la complétude des consentements.

Par ailleurs, une telle obligation peut être mise à la charge de tout ou partie des futurs cocontractants. Ainsi, cela permet de laisser à l'une des parties, la liberté quant à la notification de ses consentements complets aux futurs contrats, ou à l'inverse, d'imposer à toutes les parties un contenu ou une forme à ces consentements complets aux futurs contrats.

En outre, cette obligation de notification de consentements complets peut être affectée d'une condition suspensive, qui est un événement futur et incertain. Fréquemment, cette condition suspensive sera le fait de manifester un consentement complet déterminé, car elle permet de laisser au débiteur de cette obligation de notification de consentements complets la liberté de manifester ses consentements complets à l'avenir, tout en lui imposant, une fois ceux-ci manifestés, de les notifier avec un contenu et une forme déterminés. Certes, ici la condition dépend totalement de la volonté du débiteur, mais cela n'entraîne pas la nullité du contrat, parce que cette condition n'anéantit pas et ne contredit pas l'obligation de notifier un

consentement : la notification est la suite logique de la manifestation du consentement.

Enfin, lorsque le contrat-cadre crée en plus de l'obligation précitée, une obligation de non-notification de consentement complet à un tiers, nous pensons qu'il est un pacte de préférence, que nous avons défini comme créateur, à la fois d'une obligation de notification de consentement complet au bénéficiaire, et d'une obligation de non-notification de consentement complet à un tiers.

Ainsi, il existe quatre promesses de contrat dont il faut déterminer le régime.

Titre II. Le régime des promesses de contrat

513. Le régime des promesses de contrat contenant un consentement est déterminé par la présence dans celles-ci de ce consentement (**Chapitre I**), alors que le régime des promesses de contrat projetant un consentement est marqué par le caractère futur du consentement à notifier (**Chapitre II**).

Chapitre I. Le régime des promesses de contrat contenant un consentement

514. La promesse unilatérale de contrat contenant un consentement s'est développée depuis l'idée d'avant-contrat de Demolombe de 1868 : son régime est déterminé en partie par l'article 1124 pour la volonté du promettant de révoquer la promesse et la violation de cette dernière avec un tiers (**Section II**), et par d'autres sources pour les autres questions que la réforme de 2016 n'a pas évoquées (**Section I**). En revanche, le régime de la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements reste à construire par analogie avec le précédent, puisque celle-ci n'a guère été conceptualisée.

Section I. Les aspects de la promesse de l'article 1124 non traités par ce dernier

515. L'article 1124 ne traite pas les aspects de la promesse unilatérale contenant un consentement que sont les conditions, l'exécution (**I**) et l'extinction de celle-ci (**II**).

I. Les conditions et l'exécution de la promesse de l'article 1124 non traitées par ce dernier

516. L'article 1124 n'évoque pas les conditions de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement, autres que celles de sa définition (**A**), et ne régit pas la phase

d'exécution de celle-ci en dehors de la révocation et de la violation avec un tiers (B).

A. Les conditions de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement

517. Les conditions de la promesse unilatérale de l'article 1124 qui ne sont pas prévues par ce dernier sont des règles relevant du droit commun et des contrats spéciaux (1) ou des dispositions propres à certaines applications de cette promesse (2).

1. Les conditions non propres à la promesse unilatérale de l'article 1124

518. La capacité. Les sources existantes adoptent ici des positions très diverses sur la nature et la date d'appréciation de la capacité des parties à la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement¹. Or, il faut distinguer.

D'une part, la capacité de conclure un contrat ne s'apprécie pas au moment de la conclusion du contrat, mais lors de la manifestation du consentement à ce contrat. En conséquence, la capacité de conclure la promesse unilatérale de l'article 1124 s'apprécie lors de la création de l'offre et de l'acceptation de cette promesse. En particulier, le bénéficiaire doit avoir à ce moment la capacité de disposer si la promesse contient une indemnité d'immobilisation. Par analogie, la capacité de conclure la promesse synallagmatique contenant les consentements s'apprécie lors de l'offre et de l'acceptation de celle-ci.

D'autre part, la capacité de conclure le contrat promis s'apprécie, dans le cadre de la promesse de l'article 1124, pour le promettant lors de la manifestation du consentement à la promesse et pour le bénéficiaire lors de la levée d'option, et en présence de la promesse synallagmatique contenant les consentements lors de l'offre et de l'acceptation de celle-ci.

519. La propriété. Pour que soit valable la promesse unilatérale de contrat contenant

¹ P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 139 et s. ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 51 ; H. Boyer, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1931, p. 51 ; R. Lévrier, *Contribution à l'étude des promesses de vente*, th. Bordeaux, 1920, p. 114 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 66 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 82 et s. ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 98 ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 19 et s. ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 69 et s. ; C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 100 et s. ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 129 et s. ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 183 et s. ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 50 et s. ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 500 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 727 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 67 ; E. Schlumberger, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, th. Paris 1, 2011, Dalloz, 2013, n° 22 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 193 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 826 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 137 et 141 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 448 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 201 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 258 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 215 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 254 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 237 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 42 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 80 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, 2021, n° 52 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 201 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V^o Avant-contrat, Fasc. 20, Promesse de vente, Formation du*

un consentement à un contrat de disposition d'une chose, il faut que le promettant soit propriétaire de celle-ci selon certains¹, et non pour d'autres². Or, au vu des travaux préparatoires de l'article 1599, la condition de propriété de la chose vendue s'apprécie lors de la manifestation du consentement du vendeur à la vente puisque ceux-ci évoquent le fait que c'est au propriétaire de vendre si bon lui semble ; donc elle s'apprécie lorsque le promettant manifeste son consentement à la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement³.

520. La lésion. Le déséquilibre contractuel posa des problèmes tôt dans la promesse unilatérale de vente d'immeuble, puis plus tard avec l'indemnité d'immobilisation.

D'une part, les auteurs rattachant la promesse unilatérale de vente à un consentement présent étaient partagés, se prononçant pour une appréciation de la lésion de l'article 1674 et un point de départ de l'action en rescision à la date de la vente d'immeuble⁴, ou à celle de la promesse unilatérale de vente⁵. Finalement, la loi n° 49-1509 du 28 novembre 1949 a consacré à l'article 1675 du Code civil la jurisprudence appréciant la lésion à la date de conclusion de la vente visée par la levée d'option, car il s'agit de déséquilibre contractuel dans la vente⁶. La même date doit être retenue pour la promesse synallagmatique contenant les consentements.

D'autre part, il faut appliquer à l'obligation de versement d'une indemnité d'immobilisation au promettant, le principe d'indifférence au déséquilibre contractuel, repris depuis la réforme de 2016 à l'article 1168 du Code civil. En particulier, l'indemnité d'immobilisation n'étant pas une clause pénale, les règles régissant cette dernière ne permettent logiquement pas de

contrat, 2021, n° 66 et 67 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 284.

¹ R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 103 ; C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 139 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, 2021, n° 56 et s.

² P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 183 et s. ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 58 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 728 et s.

³ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, 1836, p. 157.

⁴ R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 130 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 116 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 88 ; Y. Chevallier, *Annulation des promesses de vente d'immeuble pour lésion postérieure à la promesse*, th. Paris, 2^e éd., 1924, p. 18 et s. ; P. Meurisse, *La promesse unilatérale de vente et la rescision pour cause de lésion*, th. Paris, 1925, p. 35 et s. ; F. Vincent, *De l'idée de lésion dans les promesses de vente*, th. Lyon, 1926, p. 98 ; G. Rebour, *De la clause d'option dans les contrats*, th. Paris, 1927, n° 36 ; H. Boulard, *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Paris, 1927, p. 24 et s. ; J.-R. Dautriche, *La promesse unilatérale de vente en droit français*, th. Paris, 1930, p. 105 ; H. Boyer, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1931, p. 76 et s. ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 514 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 124 et s. ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 126 et s. ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 95 ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 167 et s. ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 270 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 523 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 769 et s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 938 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, janv. 2011, n° 59 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 150.

⁵ P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 175 et s.

⁶ JOAN 1949, n° 46 (C. R.), 21 mai 1949, p. 2726 et s. ; JOAN 1949, n° 62 (C. R.), 22 juill. 1949, p. 2097.

réviser la première¹. Aussi nous avons écarté la requalification en promesse synallagmatique de la promesse unilatérale avec forte indemnité d'immobilisation². Cependant, même si cela n'est pas envisagé par les sources existantes, il était et reste possible de recourir à deux fondements juridiques afin d'annuler cette promesse comportant une indemnité d'immobilisation trop forte. *Primo*, il est possible d'invoquer le caractère dérisoire de l'obligation du promettant de ne pas anéantir son consentement par rapport au montant de l'indemnité d'immobilisation, sur le fondement de l'article 1169 du Code civil, reprenant la jurisprudence illustrée par l'arrêt Cartier de la Cour de cassation, du 4 juillet 1995³, et fondée sur l'absence de cause de l'obligation. *Secundo*, il est possible d'annuler cette promesse pour contrepartie illusoire, sur le fondement de l'article 1169 en reprenant l'arrêt DPM Vidéo de la Cour de cassation, du 3 juillet 1996⁴ : lorsque l'indemnité d'immobilisation est excessive, sa contrepartie réelle, qui est ce droit d'option, est illusoire car le bénéficiaire n'a en fait pas de réel choix entre la conclusion et son contraire.

521. Le formalisme de validité. Avant la réforme de 2016⁵, comme après⁶, il est généralement proposé d'appliquer à la promesse unilatérale de contrat solennel, le formalisme de ce dernier protégeant l'intérêt, la liberté, le consentements des parties, et de ne pas appliquer le formalisme de ce contrat solennel protégeant l'intérêt des tiers. Aussi, fut affirmée la nécessité d'appliquer sans distinction le formalisme du contrat à la promesse unilatérale de contrat⁷. Cependant, la solution résulte de la définition du formalisme conditionnant la validité d'un contrat, qui est une forme que doit prendre la manifestation du

¹ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 520 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 56 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, janv. 2011, n° 27 et s. ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 826 ; *Lamy Droit du contrat*, avr. 2013, n° 126-80 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 148 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 56 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 198 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 198 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 58.

² Voir ci-dessus n° 446 et s.

³ Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1995, n° 93-16.198 : Bull. civ. I, n° 303 ; *Contrats, conc., consom.*, 1995, n° 181, obs. L. Leveneur ; RTD civ., 1995, p. 881, obs. J. Mestre.

⁴ Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996, n° 94-14.800 : Bull. civ. I, n° 286 ; D. 1997, p. 500, note P. Reigne ; JCP, 1997, I, 4015, n° 4, obs. F. Labarthe ; Defrénois, 1996, 1015, obs. P. Delebecque ; RTD civ. 1996, p. 903, obs. J. Mestre.

⁵ É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 57 et s. ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 490 et s. ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 79 et s. ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 126 et s. ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 56 et s. ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 235 et 732 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 127 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 67 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 138 et 193 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 308 bis ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 307.

⁶ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 202 et 258 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 238 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 49 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 266.

⁷ M.-A. Guerriero, *L'acte juridique solennel*, th. Toulouse, 1973, LGDJ, 1975, p. 414 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 70 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 228 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 141.

consentement à un contrat afin que ce dernier soit valable. Dès lors, la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement à un contrat solennel doit respecter le formalisme de ce dernier, sans distinction. Symétriquement, la levée d'option contient le consentement du bénéficiaire au contrat promis et doit respecter le formalisme de ce dernier. Par analogie, la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements doit être formée par une offre et une acceptation créée par le formalisme du contrat promis. Parallèlement, la promesse unilatérale de l'article 1124 de plus de 18 mois et concernant un immeuble doit être rédigée par acte authentique en vertu de l'article L290-1 du Code de la construction et de l'habitation.

522. Le formalisme de preuve. L'application à cette promesse unilatérale contenant un consentement, de la condition d'une preuve écrite des actes juridiques supérieurs à une somme réglementaire est exigée¹, ou écartée en doctrine², alors que l'inapplication à la promesse de la formalité du double est reconnue³, même si la présence d'une indemnité d'immobilisation peut exiger cette formalité⁴. À l'analyse, cette exigence d'une preuve écrite des actes juridiques supérieurs à 1500 euros posée par l'article 1359 du Code civil et les règles de preuve de l'acte sous signatures privées s'appliquent à la promesse de l'article 1124, contenant une indemnité d'immobilisation supérieure à 1500 euros, ou un consentement à un contrat portant sur plus de 1500 euros. Symétriquement, les mêmes raisonnements s'appliquent à la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements.

Ainsi, les conditions de droit commun s'appliquent à la promesse unilatérale de l'article 1124 et par analogie à la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements ; d'autres conditions sont propres à la première.

2. Les conditions propres à la promesse unilatérale de l'article 1124

523. De rares conditions sont propres à la promesse unilatérale de l'article 1124 et ne s'appliquent pas à la promesse synallagmatique contenant les consentements.

L'article L290-2 du Code de la construction et de l'habitation et l'article R442-12 du Code de l'urbanisme régissent marginalement le montant de l'indemnité d'immobilisation pour certaines promesses unilatérales de vente, sous peine de nullité⁵.

¹ P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 143 ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 147 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 51.

² P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 81.

³ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 477 ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 72 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 88 et s.

⁴ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 201 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 88 et s.

⁵ Lamy *Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-70 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016, n° 122.151 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 238.

L'article 37 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 permet de publier au service de la publicité foncière pour l'information des usagers, les promesses unilatérales de vente d'immeuble et de bail d'immeuble de plus de douze ans¹, mais l'absence de cette publicité n'est pas sanctionnée par l'inopposabilité de ces droits personnels².

La plus importante règle propre à cette promesse est l'article 1589-2 du Code civil, reprenant l'ancien article 1840 A du Code général des impôts, créé par la loi n° 63-1241 du 19 décembre 1963 de finances pour 1964. Selon les travaux préparatoires de cette loi, il était de pratique courante chez certains professionnels, d'abord de se faire consentir des promesses de vente par les personnes qui désiraient vendre leur immeuble ou fonds de commerce, et ensuite de les céder à l'acquéreur définitif moyennant un prix qui restait occulte et échappait aux impôts³. Dès lors, l'exigence d'enregistrement de ces promesses devait remédier à de telles manœuvres. Par la suite, l'ordonnance n° 2005-1512 a opéré le transfert de cette règle à l'article 1589-2 du Code civil, dont il faut étudier le champ, les conditions et la sanction.

524. Le champ de l'article 1589-2. Ce domaine est déterminé doublement.

D'abord, textuellement, le champ de l'article 1589-2 englobe six promesses unilatérales de vente, d'un fonds de commerce, d'un immeuble et non celle d'achat d'un immeuble⁴, d'un droit immobilier autre que la pleine propriété⁵, d'un droit au bail d'un immeuble, d'actions ou parts conférant à leurs possesseurs le droit à la jouissance d'immeubles⁶, ou de titres des sociétés immobilières de copropriété⁷.

Ensuite, la qualification de promesse unilatérale de vente a parfois posé des problèmes. *Primo*, cette qualification a été refusée logiquement au contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire, que nous avons analysé en pacte de préférence⁸. *Secundo*, elle a été refusée illogiquement à la promesse unilatérale de vente contenant une forte indemnité d'immobilisation qui ne doit pas être requalifiée en promesse synallagmatique selon nous⁹, et parfois aux promesses unilatérales croisées que nous avons étudiées¹.

¹ BOI-ENR-DG-10-30-20140930 §40 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 247 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 100.

² A. Fournier, *Rép. civ. Dalloz, V° Publicité foncière*, déc. 2019, n° 151 et s.

³ JOAN 1963-1964, n° 110 (C. R.), 23 oct. 1963, p. 5353.

⁴ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 202 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 238 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 71 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 202.

⁵ J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 209 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 69.

⁶ BOI-ENR-DMTOM-40-30-20120912 §10 et s.

⁷ BOI-ENR-DMTOM-40-30-20120912 §10 et BOI-ENR-AVS-40-20-20150902 §1.

⁸ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 512 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 72 ; voir ci-dessus n° 486.

⁹ Voir ci-dessus n° 446 et s.

Tertio, cette qualification fut parfois refusée au contrat contenant les effets d'une promesse unilatérale de vente d'immeuble et d'autres effets². Or, les effets essentiels à la promesse unilatérale de vente et les autres effets sont, soit non reliés par un lien auquel cas il s'agit d'un contrat complexe avec application à chaque contrat spécial de son régime dont l'article 1589-2 à la promesse unilatérale de vente, soit reliés par un lien faisant de ces effets un contrat différent et non soumis à cet article. À ce titre, ce raisonnement doit être réalisé pour le contrat de crédit-bail, auquel la qualification de promesse unilatérale de vente a été refusée tant en doctrine³, qu'en jurisprudence⁴.

Quarto, cette qualification a été refusée à la transaction contenant une promesse unilatérale de vente⁵. Or, une transaction est à nos yeux une qualification de deuxième niveau, qui se superpose à la qualification civiliste de premier niveau s'opérant à l'aide des effets essentiels à l'existence de chacun des contrats spéciaux. Dès lors, si un contrat simple contient une promesse unilatérale de vente d'immeuble, tout en étant une transaction, il faut appliquer à ce contrat l'article 1589-2. Inversement si la transaction contient les effets de cette promesse et d'autres effets le raisonnement précité doit être réalisé en étudiant les liens entre effets.

525. Le formalisme de l'article 1589-2. Cet article exige que les promesses entrant dans son champ soient rédigées, par acte authentique, ou par acte sous seing privé enregistré. D'une part, ces promesses peuvent être constatées par acte authentique, c'est-à-dire en pratique par un acte notarié. Or, depuis un arrêté du 4 mai 2016, les promesses unilatérales de vente figurent au rang des actes notariés évoqués par l'article 60 de l'annexe 4 au Code général des impôts, qui sont selon l'article 245 de l'annexe 3 à ce code, dispensés de la

¹ Voir ci-dessus n° 454.

² Cass. 3^e civ., 5 juill. 1995, n° 93-16.190 : Bull. civ. III, n° 175 ; JCP G 1996, II, n° 22659, note Y. Dagorne-Labbé ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-50 ; Cass. 3^e civ., 13 nov. 2014, n° 13-14.589 : Inédit ; RTD civ. 2015, obs. H. Barbier ; Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-10.362 : Bull. civ. IV, n° 12 ; Defrénois 2002, p. 765, obs. É. Savaux ; RTD civ. 2002, p. 504, obs. J. Mestre et B. Fages ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 238 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V° Avant-contrat, Fasc. 20, Promesse de vente, Formation du contrat*, 2021, n° 125.

³ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 512 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 1267 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-50 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 72.

⁴ Cass. 3^e civ., 3 nov. 1981, n° 79-15.671 : Bull. civ. III, n° 173 ; Defrénois 1982, p. 423, note. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1982, p. 434, obs. P. Rémy ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-50.

⁵ Cass. 3^e civ., 26 mars 2003, n° 01-02.410 : Bull. civ. III, n° 71 ; RTD civ. 2003, p. 496, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. ass. plén., 24 févr. 2006, n° 04-20.525 : Bull. civ., ass. plén., n° 1 ; JCP G 2006, II, 10065, concl. J. Cédras ; D. 2006, p. 2076, note C. Jamin ; D. 2006, p. 2640, obs. S. Amrani-Mekki ; RDC 2006, p. 689, obs. Y.-M. Laitthier ; RTD civ. 2006, p. 301, obs. J. Mestre et B. Fages ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 240 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 65 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 828 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 202 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 96 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 50 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V° Avant-contrat, Fasc. 20, Promesse de vente, Formation du contrat*, 2021, n° 125 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 72 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 202 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ,

formalité de l'enregistrement obligatoire des actes notariés de l'article 635 de ce code et pour lesquels les droits d'enregistrement sont payés sur états déposés par les notaires sans copie de ces actes. Dès lors, la rédaction par acte notarié de ces promesses ne permet plus à l'administration fiscale de connaître leur contenu, donc l'objectif de cet article 1589-2 n'est plus atteint si cette forme notariée est utilisée, ce qui fait douter de la légalité de cet arrêté.

D'autre part, ces promesses peuvent être conclues par un acte sous seing privé. Toutefois, celui-ci doit en plus être enregistré dans les dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. Ainsi, cette date a été interprétée diversement¹. Or, c'est à compter de la conclusion de la promesse unilatérale de vente que court ce délai de dix jours, donc il faut renvoyer à la datation de la conclusion. Par ailleurs, cette exigence d'enregistrement dans les dix jours démontre qu'une condition de validité d'un contrat peut ne pas être exigée au moment de sa formation, mais l'être pour une certaine durée après sa formation. De plus, elle permet de comprendre la différence entre les formes servant à la manifestation du consentement et les formalités d'enregistrement et de publicité du contrat postérieures à cette manifestation. Enfin, cet enregistrement permet théoriquement de lutter contre la fraude fiscale parce qu'il permet à l'administration fiscale d'obtenir les informations nécessaires pour contrôler la déclaration et l'imposition des sommes versées lors de l'exécution et de la cession de ces promesses unilatérales de vente ; mais en pratique un exemplaire papier des promesses enregistrées est archivé dans les services d'enregistrement, sans que les services de contrôle fiscal ne bénéficient d'une communication automatique de celles-ci.

526. La nullité de l'article 1589-2. Cet article consacre la nullité comme sanction de l'absence d'utilisation d'une de ces exigences de formes alternatives. Or, comme l'indiquent les sources existantes, cette nullité n'est pas limitée aux cas dans lesquels la cause de la promesse au sens de son mobile, de son motif, ou de son but, est de frauder le fisc². De plus,

¹¹ éd., 2021, n° 60.

¹ J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 215 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 60 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 211 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 514 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 16 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 829 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 68 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 76 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V° Avant-contrat, Fasc. 20, Promesse de vente, Formation du contrat*, 2021, n° 116 et s.

² J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 219 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 834 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 193 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 202 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-60 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 258 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 202 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V° Avant-contrat, Fasc. 20, Promesse de vente, Formation du contrat*, 2021, n° 119 et s. ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 78 et s.

ces sources affirment logiquement que c'est une nullité absolue, puisqu'il s'agit de protéger le fisc et donc l'intérêt général. En conséquence, tout intéressé peut agir et surtout la promesse sans l'une de ces formes ne peut être confirmée. Dès lors, l'irrespect des conditions de l'article 1589-2 entraîne l'anéantissement rétroactif de la promesse unilatérale de vente, avec restitution des sommes versées, comme l'indemnité d'immobilisation ou la rémunération de l'intermédiaire, puis par voie de conséquence, cela entraîne l'anéantissement rétroactif de la vente conclue. Par suite, au plan de la politique juridique, cet article 1589-2 n'emporte pas notre conviction aux plans civil et fiscal.

Civilement, la doctrine a souvent souligné l'effet pervers de fragilisation des promesses unilatérales de vente entrant dans le champ de l'article 1589-2. En effet, cette règle est une forte source d'insécurité précontractuelle, car les promesses unilatérales de vente d'immeuble ou de fonds de commerce sous signature privée ne sont parfois pas enregistrées en pratique, surtout par méconnaissance de cet article 1589-2. En conséquence, la volonté de l'ordonnance du 10 février 2016 de rétablir la sécurité attendue de la promesse unilatérale de l'article 1124 est contredite en pratique par la persistance de cette nullité.

Fiscalement, la nullité de l'article 1589-2 restreint paradoxalement la matière imposée. *Primo*, les droits d'enregistrement de la promesse de vente, de la cession de fonds de commerce ou des titres de sociétés visées, les taxes de publicité foncière pour la vente immobilière¹, l'imposition de la plus-value immobilière générée par la vente², la taxe foncière de l'acheteur³, sont restituables par réclamation contentieuse car la décision annulant la promesse unilatérale de vente rouvre le délai général de réclamation⁴. *Secundo*, la TVA ayant grevé l'indemnité d'immobilisation, la commission de l'intermédiaire ou le prix de vente, peut être récupérée par imputation sur la TVA collectée ou par remboursement de crédit de TVA⁵. *Tertio*, l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux ou des sociétés, appliqué à l'indemnité d'immobilisation, la commission de l'intermédiaire, la plus-value et le prix de vente, est restitué au titre de l'exercice durant lequel intervient l'annulation de la promesse⁶. Certes, l'exigence d'enregistrement de ces promesses était pertinente. En revanche, la nullité pour irrespect de cette exigence offre aux personnes ne déclarant pas fiscalement les sommes

¹ CGI, art. 1961 ; BOI-ENR-DG-70-20-20160614 § 80 et s. ; Doc. experte fisc. F. Lefebvre, Enregistrement 2021, n° 12570 et 15360.

² BOI-RFPI-PVI-10-30-20130211 n° 30 ; Doc. experte fisc. F. Lefebvre, Fiscalité immobilière 2021, n° 180230 et s.

³ CGI, art. 1404 ; BOI-IF-TFB-50-10-20120912 n° 230 et s.

⁴ LPF, art. R196-1 et R196-2 ; BOI-CTX-PREA-10-30-20140625.

⁵ CGI, art. 272 ; BOI-TVA-DED-40-10-20-20170405 ; Doc. experte fisc. F. Lefebvre, TVA 2021, n° 32315 ; Doc. experte fisc. F. Lefebvre, TVA, 2021, n° 32355 et s. ; CE 9^e-8^e s.-s. 11 mai 1994 n° 98309, Cosson ; RJF 7/94 n° 789.

⁶ BOI-BIC-PDSTK-10-10-10-20120912 n° 110 ; Doc. experte fisc. F. Lefebvre, BIC, 2021, n° 5070 ; CGI, art. 39 duodécies 9 ; BOI-

contenues dans la promesse unilatérale de vente ou dans la vente, la possibilité d'obtenir la restitution des impôts éludés et recouvrés par contrôle fiscal, en totale contradiction avec les objectifs de cette loi. Plus grave, les personnes ayant déclaré fiscalement ces sommes mais n'ayant pas enregistré la promesse peuvent demander la nullité de cette dernière et de la vente et donc obtenir la restitution d'impôts. En conclusion, il faut supprimer cette nullité.

Ainsi, les conditions de validité et de preuve de la promesse unilatérale de l'article 1124 ne sont pas régies par ce dernier, qui n'encadre pas toute l'exécution de celle-ci.

B. L'exécution de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement

527. L'article 1124 n'évoque pas les modifications externes (1) et internes (2) à la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement.

1. Les modifications externes à la promesse unilatérale de l'article 1124

528. Les déséquilibres contractuels. Deux déséquilibres peuvent apparaître lors de l'exécution de la promesse unilatérale de l'article 1124 ou lors de celle de la promesse synallagmatique contenant les consentements.

Le premier déséquilibre peut exister entre les obligations de la promesse unilatérale, de ne pas anéantir un consentement et de verser une indemnité d'immobilisation. Or, le principe de force obligatoire interdit toute modification unilatérale ou judiciaire de cette promesse. Certes, l'article 1195 du Code civil permet à la partie pour laquelle l'exécution de la promesse est devenue excessivement onéreuse, à la suite d'un changement de circonstances imprévisible lors de la formation de la promesse, de demander au juge d'anéantir ou de réviser cette dernière. Mais ceci n'est envisageable que par une révision de l'indemnité d'immobilisation et non du consentement du promettant, trop personnel. Parallèlement, ces solutions valent pour la promesse synallagmatique contenant les consentements.

Le second déséquilibre est un futur déséquilibre dans le contrat promis, qui n'aurait pas existé sans ce changement de circonstances entre la conclusion de la promesse et celle du contrat promis. Or, le principe de force obligatoire du contrat et ses corrélats interdisent normalement toute modification unilatérale ou judiciaire du consentement du promettant au contrat promis, afin d'éviter que ce dernier ne soit conclu avec un déséquilibre inexistant lors de la formation de la promesse. De plus, l'article 1195 est inapplicable à la promesse car il exige une

exécution excessivement onéreuse, alors qu'ici l'exécution du futur contrat le sera une fois celui-ci conclu. Symétriquement, il est inapplicable au contrat promis et conclu, car le changement de circonstances intervenu entre la conclusion de la promesse et celle du contrat promis était connu des parties et non imprévisible lors la conclusion de ce dernier. Aussi, ces solutions valent pour la promesse synallagmatique contenant les consentements.

529. La détérioration de la chose. Selon la doctrine, lors de l'exécution d'une promesse unilatérale contenant un consentement, la détérioration de cette chose est sans conséquence si elle est fortuite¹, et ouvre des dommages-intérêts ou une diminution de prix si elle est fautive².

Primo, le principe de force obligatoire interdit à la partie subissant la détérioration de la chose de réaliser seule ou d'obtenir du juge la réduction du prix prévu dans la promesse.

Secundo, l'article 1601 du Code civil s'applique à la vente et non à cette promesse³.

Tertio, la vente est annulable pour erreur sur une qualité essentielle de la chose¹.

Quarto, si le promettant propriétaire de la chose la détériore, cela constitue une faute de nature à engager sa responsabilité contractuelle. Plus précisément, en vertu de l'ancien article 1135 et de l'article 1194 du Code civil, les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. En conséquence, la suite équitable de l'obligation du promettant de ne pas anéantir son consentement, pour permettre la conclusion du contrat promis, est de ne pas détériorer la chose objet d'une obligation de ce contrat promis, car cette détérioration crée une discordance entre la réalité et le contenu de la promesse et du contrat visé. Alors, en présence de la promesse unilatérale contenant un consentement, si le bénéficiaire ne lève pas l'option, il peut obtenir réparation du préjudice moral causé. En revanche, le fait de ne pas obtenir les gains attendus du contrat promis n'est pas un préjudice certain parce que la conclusion du contrat par levée d'option est purement éventuelle en vertu de la liberté contractuelle, donc

¹ J.-H. Vachon, *De la promesse de vendre et des arrhes*, th. Paris, 1851, p. 31 ; P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 172 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 79 ; R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, p. 105 ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 128 ; H. Boyer, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1931, p. 72 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 183 ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 126 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 184 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n^o 230.

² P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 172 ; R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, p. 105 et s. ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 93 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 185 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 185 ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 248 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n^o 143.

³ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, 1836, p. 157.

l'exécution de ce contrat est purement éventuelle, si bien qu'il n'existe pas de perte éprouvée par amoindrissement patrimonial ou de gain manqué puisque ce gain est purement éventuel. De même, les chances de conclure et d'obtenir l'exécution du contrat sont purement éventuelles en vertu de la liberté de lever l'option, donc les pertes de ces chances ne sont pas des préjudices certains. Toutefois, en présence de la promesse synallagmatique contenant les consentements, ces chances de conclure et d'obtenir l'exécution du contrat promis peuvent ne pas être purement éventuelles si la conclusion de ce dernier est suspendue par un terme, ce qui doit permettre de les considérer comme des préjudices certains, réparables, au contraire du fait ne pas obtenir les gains attendus du contrat promis pour les raisons précitées.

530. L'amélioration de la chose. Celle-ci peut intervenir lors de l'exécution de la promesse. Si elle n'est pas due à l'une des parties, la doctrine soutient qu'un supplément de prix doit être accordé², ou non³. Si elle est due à l'une des parties, la doctrine est partagée sur l'augmentation du prix lorsqu'elle est utile⁴, et sur l'indemnisation lorsqu'elle est nécessaire⁵. Cependant, il y a lieu en vertu du principe de force obligatoire du contrat, de ne pas modifier la promesse unilatérale de l'article 1124 et le contrat promis, faute de texte prévoyant cette amélioration ; la même solution vaut pour la version synallagmatique de celle-ci.

Ainsi, les modifications externes à la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement ne sont pas traitées par l'article 1124 ; les modifications internes ne sont pas non plus évoquées par cet article 1124.

¹ Voir ci-dessus n° 67 et s.

² J.-H. Vachon, *De la promesse de vendre et des arrhes*, th. Paris, 1851, p. 31.

³ L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885, p. 444 ; R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, p. 106 ; P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 172 et s. ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 129 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 115 ; H. Boyer, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1931, p. 73 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 877 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 232.

⁴ J.-H. Vachon, *De la promesse de vendre et des arrhes*, th. Paris, 1851, p. 31 ; R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, p. 107 ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 129 ; H. Boyer, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1931, p. 75 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 181 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 115 ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 127 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 183 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 232.

⁵ J.-H. Vachon, *De la promesse de vendre et des arrhes*, th. Paris, 1851, p. 32 ; P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 174 ; R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, p. 106 ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 129 ; H. Boyer, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1931, p. 75 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 181 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 115 ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 127 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 183 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 232.

2. Les modifications internes à la promesse unilatérale de l'article 1124

531. Les analyses existantes de la cession de contrat. Celle-ci faisait l'objet de controverses avant que la réforme de 2016 n'efface certaines incertitudes.

D'abord, à la veille de la réforme de 2016, les sources reconnaissaient la cessibilité de principe des contrats¹, et aujourd'hui les articles 1216 et suivants du Code civil sont consacrés à la cession de contrat², parfois appréhendée exclusivement avec les idées d'une cession de la qualité de contractant ou d'une position contractuelle, ou de substitution de partie³. Cependant, sont reconnues l'incessibilité des seuls contrats conclus *intuitu personae*⁴, des seuls contrats prévoyant cette incessibilité⁵, ou de ces deux séries de contrats⁶.

Par ailleurs, avant 2016, les sources étaient partagées au sujet du consentement du cédé à la cession de contrat, l'exigeant pour toutes les cessions de contrats⁷, ou pour les seules cessions de contrats conclus *intuitu personae*⁸, ou se contentant d'une autorisation du cédé⁹. Depuis 2016, l'article 1216 du Code civil exige l'accord du cédé et la doctrine est partagée, le voyant comme un consentement¹⁰, une autorisation¹¹, ou ne se prononçant pas¹.

¹ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 563 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 1310 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 424 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 491 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 257 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 245 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 917 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 882 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 233.

² B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 667 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 118 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 127.06 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 1667 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 207 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 156 ; P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, n° 69 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 449 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 407 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 76 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 330 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 405 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1814 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 505 et s. ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 874 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 200 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 280 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 525 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 236 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 634.

³ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 598 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 517.

⁴ P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 491 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 405 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 200.

⁵ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 524.

⁶ A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 245 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 918 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 1671 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 517.

⁷ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 567 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 245 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 491 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 257 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 882.

⁸ P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 918.

⁹ P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 427 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 918 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 234.

¹⁰ N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 119 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 1669 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 599.

¹¹ P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 452 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 520 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ,

De plus, avant la réforme de 2016, les auteurs excluait les garanties relatives à la cession de contrat², les consacraient à la charge du cédant pour le cédé³, ou constataient des solutions variables⁴. Aujourd'hui, l'article 1216-1 du Code civil dispose que le cédé peut consentir à la libération du cédant pour l'avenir. Ainsi, la doctrine considère que sans ce consentement à la libération du cédant en plus du consentement au changement de cocontractant, le cédant est tenu solidairement au paiement de la dette⁵, et n'est pas libéré⁶. Plus précisément, pour certains, le cédant reste partie au contrat⁷, pour d'autres, le cédant n'est plus partie au contrat mais est débiteur de la dette du cessionnaire avec une solidarité légale⁸, en tant que garant du débiteur principal⁹.

532. L'analyse proposée de la cession de contrat. À nos yeux, la cession de contrat était et reste une convention tripartite, avec deux effets essentiels.

Le premier est un effet de modification de l'identité d'une partie du contrat cédé, laquelle est un élément concret de chaque effet intéressant cette partie, essentiel à la complétude et contenu dans le contrat. C'est pourquoi une cession de contrat, qui est une transmission d'un contrat d'une partie à une autre personne, emporte modification du contenu de ce contrat, en

2019, n° 414 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 518 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 875 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 528.

¹ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 668 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 127.12 ; P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, n° 71 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 157 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 77 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 330 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 405 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1820 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 200 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 281 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 237 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 637.

² F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 1312 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 491.

³ P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 431 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 257 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 245 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 919.

⁴ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 567.

⁵ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 671 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 120 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 210 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 607 ; P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, n° 70 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020, n° 77 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1826 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 285 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 530 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 238 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 640 et s.

⁶ P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 330 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020, n° 406 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 876.

⁷ N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 120 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 158 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 528 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 210.

⁸ C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 418 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 521.

⁹ F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 127.22.

ce sens qu'elle modifie l'identité d'une partie. Dès lors, il est logique que les consentements du cédé et du cédant, parties au contrat modifié, soient exigés pour la cession.

Le second effet essentiel de la cession de contrat est un effet de transmission des créances, dettes et prérogatives du contrat contenues dans le patrimoine du cédant vers le patrimoine du cessionnaire, qui exige le consentement du cédant et du cessionnaire.

Par suite, le consentement du cédé n'est pas une autorisation, laquelle ne produit aucun effet juridique par elle-même, mais un consentement au contrat de cession, c'est-à-dire une volonté produire un effet de conclusion d'une cession de contrat. Or, ce consentement à la cession d'un contrat, peut être contenu dans ce dernier. De plus, le cédant ne reste pas partie au contrat, car il n'est pas techniquement possible de parler de cession de contrat, qui implique premièrement une transmission des prérogatives, créances et dettes du cédant vers le cessionnaire, et deuxièmement une modification de l'identité d'une partie au contrat, si le cédant reste partie à ce contrat. En revanche, l'article 1216-1 du Code civil, selon lequel le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat, crée un effet légal du contrat de cession, qui instaure une solidarité entre cédant et cessionnaire et qui est supplétif de volonté : le cédant n'est plus partie au contrat à compter de sa cession, mais si cet article n'est pas écarté par la volonté des parties à la cession, celui-ci prévoit cette solidarité légale.

533. La cession de la promesse unilatérale. Cette cession présente de nombreux intérêts, puisqu'elle permet de transmettre à un tiers la place et les prérogatives, créances et dettes du bénéficiaire dans cette promesse, si le bénéficiaire perd son intérêt pour le contrat promis ou souhaite tirer profit de cette cession.

D'abord, avant 2016, les sources reconnaissaient la cessibilité de la promesse unilatérale de contrat¹, donc les sources postérieures à la réforme de 2016 ne la discutent plus². À ce titre, la cession de créance n'a jamais été adaptée pour cette promesse, même si des auteurs l'ont

¹ J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 238 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 245 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 546 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 855 ; O. Deshayes, ss dir., *L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008, p. 165 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, janv. 2011, n° 114 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 69 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 830 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 193 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 145 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 200 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-100 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 911.

² F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 258 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 215 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 69 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 82 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V° Avant-contrat, Fasc. 30, Promesse de vente, Effets et cession*, 2021, n° 111 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 117.

préconisée¹, donc les formalités de la cession de créance de l'article 1690 du Code civil ne devaient pas s'appliquer², même si le contraire fut parfois soutenu³.

Ensuite, avant 2016, comme après, l'incessibilité de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement est reconnue lorsqu'elle concerne un contrat conclu *intuitu personae*⁴, ou a été convenue dans le contrat⁵, ou dans les deux cas⁶.

De plus, cette cession peut être réalisée à titre gratuit ou onéreux⁷. Par exemple des associés d'une SCI peuvent céder gratuitement à celle-ci la promesse, ou une promesse unilatérale de vente de titres peut être cédée afin de réaliser un profit. Plus précisément, l'obligation de paiement d'un prix est un effet accessoire de la cession.

En outre, cette cession de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement à un des contrats énumérés par l'ancien article 1840A du Code général des impôts, devenu l'article 1589-2 du Code civil, doit être à peine de nullité rédigée soit en la forme authentique, soit par acte sous seing privé enregistré dans les dix jours. Or, en pratique, ces cessions sous signature privée ne sont pas toujours enregistrées, donc leur nullité absolue peut être demandée au juge et conduit à l'anéantissement de la vente conclue par le cessionnaire de la promesse, ce qui est inopportun civilement en raison de l'insécurité créée, et fiscalement puisque les impôts frappant la cession de la promesse et la vente sont restituables⁸. À ce titre, l'article 52 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 sanctionne de nullité absolue les cessions de promesses de vente d'immeuble consenties par un professionnel de l'immobilier. En conséquence, sont aujourd'hui interdites ces cessions qui sont la partie la plus importante des cessions visées par la loi n° 63-1241 avec l'ancien article 1840 A du CGI, devenu l'article 1589-2 du Code civil.

¹ J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 238 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 245.

² M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 858 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 200.

³ J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 239 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 245 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 546 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz*, V^o *Promesse de vente*, janv. 2011, n° 117 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 145.

⁴ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 545 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 856 ; O. Deshayes, ss dir., *L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008, p. 185 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz*, V^o *Promesse de vente*, janv. 2011, n° 114 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 830 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 193 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 145 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 200.

⁵ J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 238 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 69 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 243.

⁶ P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 242 ; Lamy *Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-100 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 911 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 258 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V^o Avant-contrat, Fasc. 30, Promesse de vente, Effets et cession*, 2021, n° 113.

⁷ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 548 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 866 bis.

⁸ Voir ci-dessus n° 526.

Dès lors, ce dernier a perdu largement de sa raison d'être concernant les cessions des promesses unilatérales de son domaine.

Enfin, concernant les effets de cette cession, avant 2016, il était affirmé que le cédant restait garant à l'égard du promettant de l'exécution de ses obligations nées de la promesse et du contrat visé¹. Or, depuis la réforme, le cédant reste en principe, par effet légal de l'article 1216-1 du Code civil, débiteur solidaire de l'indemnité d'immobilisation.

534. La substitution. L'ordonnance de 2016 n'évoque pas la substitution dans la promesse unilatérale de l'article 1124.

D'abord, la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement avec faculté de substitution fut qualifiée de stipulation pour autrui, afin de la faire échapper à l'ancien article 1840A du CGI², ce qui fut critiqué³. Or, la stipulation pour autrui est un contrat qui fait naître une obligation au profit d'une personne qui n'en est pas partie. Cependant, cette promesse unilatérale avec faculté de substitution ne crée aucune obligation au profit d'un tiers et n'est donc pas une stipulation pour autrui.

Par ailleurs, avant la réforme de 2016, cette faculté de substitution était une institution autonome selon un courant⁴, ce qui était critiqué⁵. Depuis 2016, la doctrine saisit cette faculté de substitution comme un consentement à la cession de la promesse unilatérale de l'article 1124, contenu en elle⁶, s'interroge sur sa persistance⁷, ou veut la conserver⁸. Or ici, l'exercice de la faculté de substitution peut intervenir, soit avec une manifestation de consentement du cédé, soit sans celle-ci si ce dernier a manifesté son consentement à la cession dans la

¹ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 548 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 864 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, janv. 2011, n° 118 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 145 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 200.

² A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 145.

³ J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 239 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 250 et s. ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 845 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 135-2.

⁴ O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, janv. 2011, n° 119 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 830 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-100.

⁵ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 200 ; P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 911.

⁶ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 510 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 636.

⁷ F. Chénéde et O. Herrmberger, *Les avant-contrats*, JCP N 2017, n° 17, 1164 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 14^e éd., 2017, n° 506 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 127.06 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 602 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 215 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 519 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 243 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 65 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 82 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 200.

⁸ C. Gijssbers, *De l'opportunité douteuse de réécrire les clauses de substitution après l'ordonnance du 10 février 2016*, Bull. Cridon Paris, 1^{er}-15 oct. 2016 ; C. Gijssbers, *Faut-il « rebaptiser » les clauses de substitution après la réforme du droit des obligations*, JCP N 2016, act. 1194 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V° Avant-contrat, Fasc. 30, Promesse de vente, Effets et cession*, 2021, n° 120.

promesse unilatérale. Ainsi, dans les deux cas, la substitution s'opère par rencontre des consentements à la substitution du promettant cédé, du bénéficiaire cédant et du cessionnaire et nouveau bénéficiaire. Dès lors, la substitution opère un effet de modification de l'identité du bénéficiaire et un effet de transmission des prérogatives, créances et dettes du cédant vers le cessionnaire. Par suite, elle est une de cession de contrat car elle contient ses deux effets. Enfin, il faut enregistrer les substitutions de bénéficiaire par acte sous signatures privées dans les promesses unilatérales de l'article 1124 entrant dans le champ de l'article 1589-2, sinon la nullité de la cession peut être demandée au juge, ce qui anéantit la vente consécutive, ruine la sécurité précontractuelle et conduit à la restitution d'impôts. En conséquence, il faut regretter que l'ordonnance du 10 février 2016 ne se soit pas prononcée en ce sens, alors que l'un de ses objectifs est de restaurer la sécurité dans cette promesse de l'article 1124.

Ainsi, il existe de nombreux aspects des conditions et de l'exécution de la promesse unilatérale de contrat de l'article 1124 non traités par ce dernier ; de nombreux aspects de l'extinction de celle-ci ne sont pas non plus traités par cet article.

II. L'extinction de la promesse de l'article 1124 non traitée par ce dernier

535. Les cas d'extinction de la promesse unilatérale de l'article 1124 qui ne sont pas traités par ce dernier résultent des volontés de toutes les parties (**A**), ou non (**B**).

A. L'extinction de la promesse de l'article 1124 prévue par les volontés des parties

536. La conclusion. L'extinction normale de la promesse unilatérale de l'article 1124 n'est guère évoquée par les sources existantes et résulte de la conclusion du contrat promis, lorsque se rencontrent le consentement du promettant contenu dans celle-ci et celui du bénéficiaire contenu dans la levée d'option, au moment de la production par chacun de son effet de conclusion. Or, la doctrine évoque parfois une transformation de cette promesse unilatérale en promesse synallagmatique ou en contrat promis¹, à laquelle nous ne souscrivons pas, parce que la conclusion du contrat promis ne transforme pas mais éteint la promesse. En effet, au vu des nombreuses définitions de la caducité que nous avons étudiées très précisément², avant comme après la réforme de 2016 la caducité d'un acte juridique résulte de la disparition d'une de ses conditions d'existence ou de validité empêchant l'acte d'être

¹ L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 90 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil, t. 12, De la vente et de l'échange*, 1900, n° 66 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 5, 5^e éd., 1907, § 349, p. 6 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 73 ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 135 ; C. Larroumet et S. Bros, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 311.

² Voir ci-dessus n° 75.

efficace. Dès lors, la promesse de l'article 1124 est caduque lorsqu'elle produit son effet de conclusion du contrat promis, car c'est un effet essentiel à son existence, qui disparaît par sa production, ce qui fait disparaître une condition d'existence de la promesse.

Avant la réforme de 2016, la doctrine situait la conclusion du contrat visé par la promesse à la date de manifestation du consentement du bénéficiaire¹, ou plus rarement à sa réception par le promettant². Après cette réforme de 2016, des auteurs soutiennent que le contrat est formé lors de la levée d'option sans autre précision³. Or, la levée d'option est une volonté de produire un effet de conclusion, constituant un acte juridique unilatéral d'acceptation du contrat visé par le consentement du promettant. Dès lors, en l'absence de texte fixant la date de conclusion du contrat visé par la levée d'option, il fallait considérer avant 2016, que l'effet de conclusion de la volonté du bénéficiaire se produisait dès sa manifestation. Depuis 2016, l'article 1121 du Code civil fixe le moment de conclusion du contrat à celui de réception de l'acceptation par l'offrant, donc il y a lieu d'appliquer cette solution par analogie à la levée d'option par le promettant, qui n'est qu'une acceptation du contrat promis.

Cependant, pour le promettant, il était et reste possible de suspendre la production de l'effet de conclusion attaché à son consentement contenu dans la promesse par une condition suspensive ou un terme suspensif. *Primo*, les sources existantes reconnaissent la possibilité d'insérer une condition suspensive des effets et de la naissance des obligations de la promesse unilatérale⁴. *Secundo*, la doctrine reconnaît la possibilité d'insérer un terme suspensif dans

¹ J.-H. Vachon, *De la promesse de vendre et des arrhes*, th. Paris, 1851, p. 30 ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 24, 4^e éd. 1884, n° 13 ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 125 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 107 ; R. Lévrier, *Contribution à l'étude des promesses de vente*, th. Bordeaux, 1920, p. 157 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 73 ; G. Rebour, *De la clause d'option dans les contrats*, th. Paris, 1927, n° 36 et 56 ; H. Boulard, *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Paris, 1927, p. 22 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 100 ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 134 ; C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 196 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 372 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 128 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 523 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 193 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 150 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 448 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-140.

² P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 155.

³ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 254 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 207 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 272.

⁴ L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 87 ; P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 144 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 5, 5^e éd., 1907, § 349, p. 8 ; G. Rebour, *De la clause d'option dans les contrats*, th. Paris, 1927, n° 74 ; H. Boulard, *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Paris, 1927, p. 75 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 121 ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 140 ; C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 211 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 109 et s. ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 533 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 32 ; D. 2004, p. 2002, note P. Dupichot ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 140 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 203 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-125 ; F. Chénéde et O. Herrnberger, *Les avant-contrats*, JCP N 2017, n° 17, 1164 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 242 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 38 et 72 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, 2021, n° 123.

cette promesse unilatérale de contrat relative à un consentement présent¹. Toutefois, ce terme et cette condition ne peuvent être attachés à l'obligation du promettant de ne pas anéantir son consentement, sinon ce dernier pourrait anéantir la promesse en la rendant caduque. En revanche, ils peuvent être attachés à l'effet de conclusion produit par le consentement du promettant, ce qui n'interdit pas au bénéficiaire de lever l'option comme cela a été soutenu², mais suspend la conclusion. En pratique, ce terme est une date et cette condition est souvent l'obtention d'un prêt, d'un permis de construire définitif, ou des renseignements d'urbanisme. Symétriquement, la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements est caduque par conclusion du contrat promis. Par ailleurs, en présence d'une promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements, ces derniers ont leur effet de conclusion suspendu par un terme ou une condition, donc la conclusion du contrat promis résulte de la survenance de ces derniers.

537. La révocation par consentement mutuel. De façon générale, en vertu de l'ancien article 1134, alinéa 2, et de l'article 1193 du Code civil, les contrats sont révocables par consentement mutuel. Or, nous pensons que cette révocation s'opère par la rencontre des volontés de chacune des parties de produire un effet juridique d'anéantissement du contrat. À ce titre, la formulation de l'alinéa 2 de l'article 1124 est ambiguë : selon ce dernier la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. En effet, la révocation de la promesse ne peut résulter que de la rencontre des volontés de ses parties de la révoquer. Par suite, cette révocation empêche évidemment la formation du contrat promis puisqu'elle fait disparaître la promesse unilatérale de contrat avec le consentement du promettant contenu dans celle-ci, si bien qu'une levée d'option ne pourrait plus former le contrat après cette révocation. Aussi, cet alinéa 2 de l'article 1124 devrait indiquer que la manifestation de volonté du promettant de révoquer la promesse est inefficace seule et n'anéantit donc pas la promesse qui persiste avec le consentement du promettant en elle, qui peut rencontrer celui du bénéficiaire levant l'option.

538. Le terme extinctif. Généralement, la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement est assortie d'un délai extinctif. Or, certaines sources analysent ce délai comme

¹ P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 146 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 5, 5^e éd., 1907, § 349, p. 8 ; G. Rebour, *De la clause d'option dans les contrats*, th. Paris, 1927, n° 74 ; H. Boulard, *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Paris, 1927, p. 75 ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 30 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 533 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 146 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 72 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 122.

² F. Chénéde et O. Herrnberger, *Les avant-contrats*, JCP N 2017, n° 17, 1164.

un terme extinctif¹, mais d'autres ne se prononcent pas sur la nature de celui-ci². Parallèlement, certaines sources considèrent que l'écoulement de ce délai entraîne la caducité de la promesse³. Or, l'effet de conclusion et l'obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant sont tous les deux des effets essentiels de la promesse unilatérale de l'article 1124, donc l'événement constituant le terme extinctif de l'un est aussi un terme extinctif de l'autre. De plus, lors de l'étude très précise des définitions de la caducité, antérieures et postérieures à la réforme de 2016, nous avons soutenu que celle-ci résulte de la disparition d'une des conditions d'existence ou de validité d'un acte juridique faisant obstacle à l'efficacité de ce dernier¹. Dès lors, l'échéance du terme extinctif de l'effet de conclusion et de celui de l'obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant entraîne la disparition des effets essentiels donc des conditions d'existence de la promesse unilatérale de l'article 1124, ce qui rend cette dernière caduque. Plus rarement, le terme extinctif peut être tout événement à la survenance certaine autre que l'écoulement d'un délai, comme le décès du promettant ou du bénéficiaire. Parallèlement, la promesse synallagmatique de contrat

¹ J.-H. Vachon, *De la promesse de vendre et des arrhes*, th. Paris, 1851, p. 28 ; P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 146 ; L. Guillovard, *De la vente et de l'échange*, t. 1, 1889, n° 86 ; H. Boulard, *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Paris, 1927, p. 75 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 173 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 536 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 13 ; D. 2004, p. 2002, note P. Dupichot ; RDC 2009, p. 995, obs. Y.-M. Laithier ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 146 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-125 ; M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 35 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 240 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V^o Avant-contrat, Fasc. 30, Promesse de vente, Effets et cession*, 2021, n° 21 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, 2021, n° 61 et 66.

² L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 87 ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 24, 4^e éd. 1884, n° 18 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 12, *De la vente et de l'échange*, 1900, n° 77 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 2^e éd., 1902, n° 1408 ; Cass. civ., 6 févr. 1906 : S. 1906, 1, 235 ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 86 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 5, 5^e éd., 1907, § 349, p. 9 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 49 ; R. Lévrier, *Contribution à l'étude des promesses de vente*, th. Bordeaux, 1920, p. 123 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 56 ; P. Meurisse, *La promesse unilatérale de vente et la rescision pour cause de lésion*, th. Paris, 1925, p. 19 ; G. Rebour, *De la clause d'option dans les contrats*, th. Paris, 1927, n° 58 ; H. Boyer, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1931, p. 13 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 93 ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 25 ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 133 ; C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 194 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 168 et s. ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 93 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 26 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 127 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 135-2 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 69 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 830 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 193 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 72.

³ RTD civ. 1994, p. 586, obs. J. Mestre ; RTD civ. 2003, p. 697, obs. J. Mestre et B. Fages ; D. 2004, p. 2002, note P. Dupichot ; JCP 2009, p. 213, note F. Labarthe ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 69 ; Cass. 3^e civ., 11 juill. 2012, n° 10-21.703 : inédit ; Cass. 3^e civ., 10 oct. 2012, n° 11-18.595 : inédit ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 193 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 205 ; Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 23 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 75 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 258 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 92 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 79 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V^o Avant-contrat, Fasc. 30, Promesse de vente, Effets et cession*, 2021, n° 21 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, 2021, n° 61 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 205 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 60.

contenant les consentements peut contenir un terme extinctif afin de la rendre caduque si le terme suspensif ou la condition suspensive de l'effet de conclusion ne sont pas intervenus.

539. La condition résolutoire. Les sources existantes reconnaissent l'applicabilité de la technique de la condition résolutoire à la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement². Or, en pratique, l'événement constituant cette condition résolutoire peut être la survenance de changements économiques bien précis, soit macro-économiques avec l'inflation, ou la variation du prix d'une marchandise, soit micro-économiques avec l'évolution de la situation économique et financière du promettant ou du bénéficiaire. Symétriquement, cet événement peut être un changement juridique lié à l'instabilité législative et jurisprudentielle, par exemple, en matière fiscale. Plus particulièrement, cet événement peut aussi être un refus de contracter du bénéficiaire, ou une contreproposition de sa part. Aussi, la technique de la condition résolutoire peut être utilisée en plus de la technique du terme extinctif. Parallèlement, la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements peut contenir une condition résolutoire afin de la rendre caduque si le terme suspensif ou la condition suspensive de l'effet de conclusion ne sont pas intervenus.

Ainsi, parmi les cas d'extinction de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement qui ne sont pas traités par l'article 1124 du Code civil, les premiers sont liés à toutes les parties ; les seconds ne le sont pas.

B. L'extinction de la promesse de l'article 1124 non prévue par les volontés des parties

540. Le délai raisonnable. La doctrine du XIX^e siècle affirmait que le juge devait fixer le délai à l'expiration duquel la promesse à durée indéterminée s'éteignait, par présomptions de désistement ou par interprétation de la volonté des parties³. Parallèlement, des auteurs actuels évoquent l'idée selon laquelle la promesse unilatérale de l'article 1124, à durée indéterminée, est éteinte dans un délai raisonnable⁴. Toutefois, devant le juge, le

¹ Voir ci-dessus n° 75.

² P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 144 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 165 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 173 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, janv. 2011, n° 128.

³ J.-H. Vachon, *De la promesse de vendre et des arrhes*, th. Paris, 1851, p. 29 ; E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, t. 7, 1873, n° 10 bis XI ; L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 88 ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 24, 4^e éd. 1884, n° 18 ; L. Guillouard, *De la vente et de l'échange*, t. 1, 1889, n° 86 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 12, *De la vente et de l'échange*, 1900, n° 77 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 2^e éd., 1902, n° 1408.

⁴ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 448 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 261 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 182 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 53 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 254.

promettant prétend que celle-ci a été éteinte, alors que le bénéficiaire invoque la promesse, ce qui exclut toute présomption que ce dernier a eu la volonté de la révoquer par le passé. De plus, en vertu du principe d'immutabilité du contrat, qui est un corrélat de sa force obligatoire, le juge ne peut modifier la promesse unilatérale de contrat en y insérant un délai que les parties n'ont pas prévu. Aussi, ces solutions valent pour la promesse synallagmatique contenant les consentements.

541. La prescription. De nombreux auteurs affirmaient que cette promesse à durée indéterminée était éteinte par la prescription trentenaire¹, puis après la réforme réalisée par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, l'idée fut reprise avec la prescription de cinq ans². Cependant, ces idées sont ponctuellement critiquées³. En effet, la prescription vise selon l'article 2224 du Code civil les actions personnelles ou réelles et mobilières. Or, le contrat de promesse unilatérale, le droit d'option et la liberté du bénéficiaire de lever l'option, comme l'obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant dans notre définition, ne sont ni des actions personnelles ni des actions réelles et mobilières et ne sont pas soumis à prescription. De plus, l'application de la prescription, surtout de cinq ans, est contraire à la volonté des parties, qui n'ont pas inséré de délai dans la promesse unilatérale contenant un consentement, ou dans la promesse synallagmatique contenant les consentements.

542. La mise en demeure. De nombreuses sources antérieures à 2016⁴, ponctuellement

¹ R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 85 et s. ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 45 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 473 ; H. Boyer, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1931, p. 14 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 150 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 94 ; P. Delomez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 134 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 165 et s. ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 139 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 90 et s. ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 14 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 742 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 127.

² B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 69 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 193 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-125 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 215 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 261 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 240.

³ RDC 2009, p. 995, obs. Y.-M. Laithier ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 182 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 258 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 72.

⁴ A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 16, 1833, n° 58 ; J.-H. Vachon, *De la promesse de vendre et des arrhes*, th. Paris, 1851, p. 29 ; L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 88 ; P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 147 ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 90 ; R. Lévrier, *Contribution à l'étude des promesses de vente*, th. Bordeaux, 1920, p. 119 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 54 ; P. Meurisse, *La promesse unilatérale de vente et la rescision pour cause de lésion*, th. Paris, 1925, p. 19 ; H. Boyer, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1931, p. 14 ; Cass. civ., 10 juin 1941 : DA 1941, p. 274 ; RTD civ. 1940-1941, p. 602, obs. J. Carbonnier ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 29 ; Cass. civ., 4 avr. 1949 : D. 1949, p. 316 ; RTD civ. 1949, p. 423, obs. J. Carbonnier ; C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 195 ; Cass. 3^e civ., 24 avr. 1970, n° 68-10.536 : Bull. civ. III, n° 279 ; RTD civ. 1971, p. 133, obs. Y. Loussouarn ; Defrénois 1971, p. 1049, note J.-L. Aubert ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 141 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 91 et s. ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 538 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 26 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente*

contredites¹, et postérieures à la réforme de 2016², exigent une mise en demeure du bénéficiaire de prendre position avant que le promettant ne puisse révoquer unilatéralement la promesse unilatérale à durée indéterminée. Toutefois, le droit commun antérieur à la réforme de 2016³, comme l'actuel article 1211 du Code civil, retiennent que lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable. Or, des auteurs considèrent que le régime des contrats à durée indéterminée ne devrait pas s'appliquer au droit d'option⁴. À l'analyse, ce régime s'applique à la promesse de l'article 1124 à durée indéterminée comme cela a été dit⁵, car d'abord celle-ci comporte une obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant, et ensuite même si sa définition sans obligation était retenue, ce régime s'applique à toutes les conventions à durée indéterminée, donc aucune mise en demeure n'est nécessaire ici. Aussi, ce régime s'applique à la promesse synallagmatique contenant les consentements.

543. Le refus de contracter. Il a été soutenu ponctuellement que le refus de contracter éteint la promesse⁶, au contraire de la contreproposition⁷. Or, ces volontés n'ont pas d'influence sur la promesse. *Primo*, le refus de contracter étant une volonté de ne pas

d'immeubles, th. Tours, 1983, n° 13 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 127 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 135-2 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 741 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 193 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 146 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-125.

¹ Cass 3^e civ., 25 mars 2009, n° 08-12.237 : Bull. civ. III, n° 69 ; JCP 2009, p. 213, note F. Labarthe ; Defrénois 2009, art. 38964-1, obs. R. Libchaber ; Dr. et patr. 2009, no 183, p. 84, obs. L. Aynès ; RDC 2009, p. 995, obs. Y.-M. Laithier ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz*, V^o *Promesse de vente*, janv. 2011, n° 62 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 830.

² Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 23 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 31 ; M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 35 ; F. Chénéde et O. Herrnberger, *Les avant-contrats*, JCP N 2017, n° 17, 1164 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-151 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 261 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 75 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 215 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 53 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 258 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 97 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 72 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V^o Avant-contrat, Fasc. 30, Promesse de vente, Effets et cession*, 2021, n° 27 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, 2021, n° 62.

³ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 600 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 481-2 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 380 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 207 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 689 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 312 et s. ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 452 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 885 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 779 et s. ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 357.

⁴ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 182.

⁵ C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 240 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 78.

⁶ G. Rebour, *De la clause d'option dans les contrats*, th. Paris, 1927, n° 55 ; L. Guillaouard, *De la vente et de l'échange*, t. 1, 1889, n° 86.

⁷ G. Rebour, *De la clause d'option dans les contrats*, th. Paris, 1927, n° 56 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 121 ; S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V^o Avant-contrat, Fasc. 40, Promesse de vente, Réalisation*, 2021, n° 16.

manifeste un consentement à un contrat, et la contreproposition étant ici une offre différente du consentement du promettant contenu dans la promesse, ces volontés ne produisent aucun effet juridique par elles-mêmes sur la promesse. *Secundo*, il est impossible de présumer à partir du refus de contracter ou d'une contreproposition du bénéficiaire, une volonté de sa part de révoquer la promesse, car celui-ci peut changer d'avis par la suite en vertu de la liberté contractuelle. *Tertio*, le refus de contracter et la contreproposition ne correspondent à aucune des définitions de la caducité que nous avons étudiées très précisément¹. *Quarto*, l'indemnité d'immobilisation est due en l'absence de levée d'option imputable au bénéficiaire, donc elle est due même en présence d'un refus de contracter ou d'une contreproposition. *Quinto*, les parties peuvent faire du refus de contracter ou de la contreproposition une condition résolutoire de la promesse et prévoir que l'indemnité d'immobilisation est réduite proportionnellement à la durée effective de la promesse. Or, ces solutions valent aussi pour la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements.

544. La renonciation. Des sources du XX^e siècle reconnaissent la possibilité d'une renonciation unilatérale à cette promesse unilatérale². Néanmoins, en vertu du principe de force obligatoire du contrat et de son corrélat d'irrévocabilité unilatérale du contrat, il est impossible pour le bénéficiaire de révoquer ou de modifier unilatéralement la promesse unilatérale de l'article 1124, sauf clause l'autorisant, ce qui vaut aussi pour la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements.

545. L'objet de l'obligation. De façon générale, entre la conclusion de la promesse unilatérale de l'article 1124 et celle du contrat promis, peuvent disparaître différentes conditions d'existence ou de validité de cette promesse, relatives à l'objet d'une obligation du contrat promis, ce qui entraîne la caducité de la promesse. Plus précisément, entre ces deux moments, il est possible que ne soient plus satisfaites les exigences de propriété et d'existence de la chose, de licéité et de possibilité de l'objet de l'obligation, de complétude du consentement, parce que l'un des éléments concrets essentiels à la complétude n'est plus

¹ Voir ci-dessus n° 75.

² G. Rebour, *De la clause d'option dans les contrats*, th. Paris, 1927, n° 55 ; H. Boulard, *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Paris, 1927, p. 76 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 103 ; Cass. civ., 10 juin 1941 : DA 1941, p. 274 ; RTD civ. 1940-1941, p. 602, obs. J. Carbonnier ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 90 ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 134 ; Cass. civ., 4 avr. 1949 : D. 1949, p. 316 ; RTD civ. 1949, p. 423, obs. J. Carbonnier ; C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 194 ; Cass. 3^e civ., 24 avr. 1970, n° 68-10.536 : Bull. civ. III, n° 279 ; RTD civ. 1971, p. 133, obs. Y. Loussouarn ; Defrénois 1971, p. 1049, note J.-L. Aubert ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 92.

déterminé ou déterminable, comme un indice pour le prix¹.

546. La destruction de la chose. En particulier, selon les sources antérieures à 2016, la destruction de la chose objet d'une obligation du contrat promis avait pour conséquence que la promesse unilatérale était non exécutable², éteinte³, non valable⁴, caduque⁵, ou non⁶, et que ce contrat promis ne pouvait être formé⁷. De plus, selon celles-ci, l'engagement de la responsabilité contractuelle du promettant était possible lorsque la destruction résultait de la faute de celui-ci⁸ : était réparable le préjudice d'impossibilité de conclure le contrat promis⁹, et non le gain perdu par l'absence de réalisation de la promesse¹⁰.

Or, la destruction totale de la chose objet d'une obligation du contrat promis est la disparition à la fois de la condition de possibilité de l'objet de l'obligation translatrice de propriété, de la condition d'existence de la chose vendue posée par l'article 1601 du Code civil et de la condition de propriété de la chose. Conséquemment, cette destruction totale de la chose entraîne la caducité de la promesse unilatérale de l'article 1124 comme cela est dit¹¹, et de la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements.

Parallèlement, si le promettant a détruit la chose et donc rendu la promesse caduque, il a violé l'obligation de non-anéantissement de son consentement et engage sa responsabilité contractuelle. Plus précisément, les préjudices réparables n'englobent pas les dépenses des négociations et de la conclusion de la promesse, unilatérale ou synallagmatique, antérieures à la caducité, car celles-ci ne sont pas en lien de causalité avec la faute du promettant, étant antérieures à cette dernière. De plus, en vertu de la liberté contractuelle de lever l'option en

¹ P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 285 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 540.

² Cass. civ., 28 oct. 1924 : DH 1924, p. 682.

³ H. Boulard, *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Paris, 1927, p. 85 et 87 ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 124.

⁴ J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 116.

⁵ P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 284 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 227 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, janv. 2011, n° 103.

⁶ P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 188 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 186 et s.

⁷ R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, p. 105 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 93 ; J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 94 et 99 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 880.

⁸ R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899, p. 105 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 93 et 109 ; H. Boyer, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1931, p. 69 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 186 ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 124 ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 248 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 284 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 539 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 880.

⁹ P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 124 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 539.

¹⁰ P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 284.

¹¹ M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 90 ; S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V° Avant-contrat, Fasc. 40, Promesse de vente, Réalisation*, 2021, n° 18 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 104.

présence d'une promesse unilatérale de l'article 1124, la conclusion du contrat projeté est purement éventuelle, donc l'exécution de ce contrat est purement éventuelle, si bien que le fait de ne pas avoir obtenu le gain inhérent à cette exécution n'est pas un préjudice : il n'y a ni perte éprouvée faute d'amoindrissement patrimonial ni gain manqué puisque le gain était purement éventuel. Le même raisonnement peut être fait en présence d'une promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements car l'exécution du contrat promis est purement éventuelle. Symétriquement, en présence de la promesse de l'article 1124, la chance de conclure le contrat promis est purement éventuelle en vertu de la liberté contractuelle du bénéficiaire de lever l'option, donc la chance d'obtenir l'exécution du contrat est purement éventuelle, si bien que les pertes de ces chances ne sont pas des préjudices certains. En revanche, en présence de la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements, la conclusion peut être certaine en présence d'un terme suspensif de la conclusion, donc la perte de chance de conclure et d'obtenir l'exécution du contrat promis est un préjudice certain et réparable. En outre, les préjudices de déception ou d'atteinte à la réputation sont réparables en présence de ces promesses unilatérale ou synallagmatique.

Par ailleurs, en raison de la caducité de la promesse unilatérale résultant de cette destruction, le bénéficiaire ne peut plus lever l'option, donc il n'a aucun droit de propriété sur la chose détruite et aucune subrogation réelle ne peut jouer ici entre une chose détruite et une indemnité dont le fait générateur est concomitant à l'extinction de la promesse unilatérale¹.

Enfin, dès lors que l'indemnité d'immobilisation est définie comme la somme que le bénéficiaire doit lorsque l'absence de conclusion du contrat promis est imputable à son absence de levée d'option à l'échéance du terme extinction de la promesse unilatérale, il faut considérer, comme les sources antérieures à 2016², que l'indemnité d'immobilisation n'est pas due lorsque l'absence de conclusion du contrat promis résulte de la destruction de la chose par cas fortuit ou par le fait du promettant.

547. L'expropriation. L'indemnité d'expropriation a suscité des positions diverses³. Or, l'expropriation rend caduque la promesse unilatérale de l'article 1124, en raison de la disparition du respect de la condition de propriété du promettant sur la chose.

¹ J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 248 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 880 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, janv. 2011, n° 103.

² O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, janv. 2011, n° 103.

³ P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 188 et 192 ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 124 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 186 et s. ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 248 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 539 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCI Notarial Formulaire, V° Avant-contrat*,

Symétriquement, il n'existe aucune subrogation réelle de l'indemnité d'immobilisation à la chose, au profit du bénéficiaire, qui n'a aucun droit de propriété sur celle-ci, ni sur l'indemnité dont le fait générateur est concomitant à l'extinction de la promesse.

548. Le décès. Le principe de la transmissibilité de la promesse unilatérale contenant un consentement à cause de mort du promettant, en raison de la continuation de la personne du défunt par ses héritiers, était avant 2016 reconnu par la doctrine¹, et la jurisprudence², et l'est depuis 2016 en dépit du silence de l'article 1124³. Toutefois, ces sources reconnaissaient avant 2016 deux exceptions à cette transmission, en présence d'une stipulation d'une intransmissibilité de la promesse⁴, rarement évoquée comme stipulation d'une caducité depuis 2016⁵, ou de la considération de la personne du promettant en raison d'un *intuitus personae*⁶, aussi rarement évoquée depuis 2016⁷. Parallèlement, les auteurs reconnaissaient avant 2016 le principe de la transmissibilité de la promesse unilatérale aux héritiers du bénéficiaire⁸, et deux

Fasc. 30, Promesse de vente, Effets et cession, 2021, n° 8 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021, n° 104.

¹ R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 111 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 106 ; H. Boulard, *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Paris, 1927, p. 77 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 109 et 166 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 107 ; C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 211 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 148 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 262 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 541 et 552 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 872 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 135-2 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 127 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, 2012, 3^e éd., PUF, p. 240 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 69 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 192 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 448 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-90.

² Cass. req., 4 déc. 1941 ; JCP G 1942, II, 1785 ; Cass. 3^e civ., 6 mai 2008, n° 07-11.668 ; RDC 2008, p. 1239, obs. F. Collart Dutilleul ; Cass. 3^e civ., 8 sept. 2010, n° 09-13.345 ; Bull. civ. III, n° 153 ; JCP G 2010, 1051, note G. Pilllet ; JCP G 2011, 63, obs. J. Ghestin ; Gaz. Pal. 4 nov. 2010, p. 14, note D. Houtcieff ; Gaz. Pal. 2 déc. 2010, p. 15, note G. Pignarre ; Defrénois 2010, p. 2123, note L. Aynès ; RTD civ. 2010, p. 778, obs. B. Fages ; RDC 2011, p. 57, obs. T. Genicon ; D. 2011, p. 472, obs. S. Amrani-Mekki.

³ P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, n° 24 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 181 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 215 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 257 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 98 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 254 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 243 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 67 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 80 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl. Notarial Formulaire, V° Avant-contrat, Fasc. 30, Promesse de vente, Effets et cession*, 2021, n° 14 et 142 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 284 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 200 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 269 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 60.

⁴ R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 111 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 107 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 262 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 872.

⁵ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 183.

⁶ É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 107 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 107 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 127 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 193.

⁷ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 258 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 243.

⁸ R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 111 ; H. Boulard, *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Paris, 1927, p. 80 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 109 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 107 ; C. Biquez, *Les promesses*

exceptions pour la promesse conclue *intuitu personae*¹, ou déclarée intransmissible², mais les sources postérieures à la réforme de 2016 ne se prononcent guère sur la question, sauf exception³. Or, les solutions sont identiques pour les décès du promettant et du bénéficiaire.

D'une part, le principe est celui de la transmission de la promesse aux héritiers de la partie qui décède. Plus précisément, des auteurs soutiennent que cette solution serait confortée par l'analyse non obligationnelle de la promesse par l'article 1124, saisie par la création d'un droit option¹. Néanmoins, cette analyse n'est pas satisfaisante : un droit d'option, présenté comme n'étant ni un droit personnel ni un droit réel, mais un pouvoir discrétionnaire de conclure un contrat, ne figure pas naturellement dans les patrimoines des parties et n'est pas clairement transmissible à cause de mort. Inversement, une obligation de ne pas anéantir un consentement peut être transmise à cause de mort avec la promesse parce qu'elle comporte à la fois une dette inscrite au passif du patrimoine du promettant, et une créance inscrite à l'actif de celui du bénéficiaire. En conséquence, avant comme après 2016, cette promesse était et reste transmise avec le patrimoine du défunt aux héritiers lors du décès d'une des parties, car ces héritiers continuent la personne décédée.

D'autre part, il y a deux exceptions à cette transmission à cause de mort. *Primo*, les parties peuvent prévoir que la promesse unilatérale s'éteindra par le décès du promettant, du bénéficiaire, ou des deux, par la technique du terme. *Secundo*, les parties peuvent ériger une qualité du promettant ou du bénéficiaire au rang d'élément concret essentiel à la complétude du consentement : cette qualité étant une condition d'existence de la promesse ou du contrat promis, le décès de la partie présentant cette qualité fait disparaître cette dernière, si bien que disparaît une condition d'existence de la promesse ou du contrat promis, ce qui correspond à la définition de la caducité et entraîne donc celle de la promesse. Par ailleurs, les mêmes

de vente de fonds de commerce, th. Caen, 1958, p. 223 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 148 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 257 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 541 et 549 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 869 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 127 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 69 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-90

¹ P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 109 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 107 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 148 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 257 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 541 et 549 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 869 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 127.

² R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 111 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 257 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 541 et 549 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 869 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 69.

³ M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 67.

solutions valent pour la promesse synallagmatique contenant les consentements.

549. La dissolution. La transmission de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement, par scission ou fusion était et reste ponctuellement évoquée². Ainsi, il faut distinguer deux séries de dissolutions, pour cette promesse unilatérale comme pour la promesse synallagmatique contenant les consentements.

D'une part, la dissolution avec liquidation d'une partie personne morale entraîne la caducité de cette promesse, parce qu'elle fait disparaître la personnalité juridique de cette partie et sa capacité juridique, qui est une condition de validité de la promesse, dont la disparition est une cause de caducité au vu des définitions précitées de cette dernière.

D'autre part, une personne morale partie à la promesse unilatérale peut être dissoute sans liquidation, dès lors que s'opère une fusion ou scission, qui sont caractérisées par une transmission universelle de patrimoine. En principe, cette promesse unilatérale était avant 2016 et reste transmise en cas de dissolution sans liquidation, car certes disparaissent la personnalité juridique et donc la capacité de la personne morale dissoute, mais son patrimoine est transmis avec l'obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant. Exceptionnellement, cette transmission ne peut s'opérer si la promesse a été conclue *intuitu personae* du côté du promettant, c'est-à-dire si une qualité de ce dernier a été érigée au rang d'élément concret essentiel à la complétude, puisque, avec la dissolution, cette qualité qui est une condition d'existence de la promesse ou du contrat promis a disparu, ce qui correspond à la définition de la caducité.

550. L'incapacité. Avant 2016, la doctrine reconnaissait l'absence d'extinction de la promesse unilatérale contenant un consentement pour incapacité du promettant³, ou en cas de procédure collective à son encontre⁴, et la jurisprudence était dans le même sens⁵. Depuis la réforme de 2016, en dépit du silence de l'article 1124, la doctrine confirme l'absence

¹ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 181.

² B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 56 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 60.

³ H. Boulard, *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Paris, 1927, p. 78 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 541 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 135-2 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 69 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 192 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 448 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-90.

⁴ P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 178 ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 114.

⁵ Cass. 3^e civ., 7 janv. 1982, n° 80-14.396 ; RTD civ. 1982, p. 600, obs. F. Chabas ; Cass. 3^e civ., 6 mai 2008, n° 07-11.668 : RDC 2008, p. 1239, obs. F. Collart Dutilleul ; Cass. 3^e civ., 8 sept. 2010, n° 09-13.345 : Bull. civ. III, n° 153 ; JCP G 2010, 1051, note G. Pillet ; JCP G 2011, 63, obs. J. Ghestin ; Gaz. Pal. 4 nov. 2010, p. 14, note D. Houtcief ; Gaz. Pal. 2 déc. 2010, p. 15, note G. Pignarre ; Defrénois 2010, p. 2123, note L. Aynès ; RTD civ. 2010, p. 778, obs. B. Fages ; RDC 2011, p. 57, obs. T. Genicon ; D. 2011, p. 472, obs.

d'influence de l'incapacité du promettant sur la promesse¹. En particulier, des auteurs la justifient par l'analyse non obligationnelle de la promesse unilatérale de contrat par l'article 1124². Aussi, quelques auteurs reconnaissent la possibilité d'attacher à l'incapacité du promettant la caducité de la promesse par une stipulation¹. Toutefois, l'idée répandue selon laquelle l'incapacité d'une partie serait sans influence sur la promesse unilatérale de l'article 1124 ne peut emporter l'adhésion. Plus précisément, comme en matière d'offre, l'expression d'incapacité utilisée ici par la doctrine est très large. Aussi, est-il nécessaire d'étudier un par un les divers mécanismes rattachés à l'idée d'incapacité et de déterminer pour chaque mécanisme concrètement si sa mise en œuvre après la conclusion de cette promesse unilatérale fait disparaître une des conditions d'existence ou de validité de celle-ci et l'empêche d'être efficace, auquel cas cette promesse est caduque.

Ainsi, de nombreux aspects du régime de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement ne sont pas traités par l'article 1124, qui en évoque deux.

Section II. Les aspects de la promesse de l'article 1124 traités par ce dernier

551. L'article 1124 régit la volonté du promettant de révoquer la promesse **(I)** et la violation de cette dernière avec un tiers **(II)**.

I. La révocation de la promesse unilatérale par le promettant

552. La manifestation de volonté du promettant d'anéantir son consentement fut extrêmement débattue à partir des deux arrêts du 15 décembre 1993 **(A)** et l'est moins depuis l'ordonnance du 10 février 2016 qui a combattu cette jurisprudence **(B)**.

A. La volonté du promettant de révoquer son consentement avant la réforme de 2016

553. Jusqu'aux arrêts du 15 décembre 1993. La question de la révocation par le promettant de son consentement n'était guère étudiée avant les années 1990.

Jusqu'aux années 1990, les auteurs étudiant la promesse unilatérale à durée déterminée

S. Amrani-Mekki.

¹ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 181 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 257 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 215 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 98 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 254 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 42 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 80 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V^o Avant-contrat, Fasc. 30, Promesse de vente, Effets et cession*, 2021, n° 15 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 284.

² O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 181.

n'évoquaient guère la manifestation de volonté du promettant de révoquer son consentement. Généralement ils analysaient le refus du promettant de signer l'écrit après la conclusion du contrat promis par levée d'option². Ponctuellement, quelques auteurs s'interrogeaient sur la manifestation de volonté du promettant d'anéantir son consentement au contrat promis, laquelle ne le révoquait pas³, était inopérante⁴, inefficace par exécution forcée⁵, non valable⁶, sanctionnée par des dommages-intérêts en vertu de l'ancien article 1142⁷, ou était une inexécution de cette promesse, rendant la levée d'option impuissante à former le contrat⁸.

Parallèlement, jusqu'aux années 1990, un arrêt de la cour d'appel de Paris de 1979 fut rapporté avec comme seule indication, l'impossibilité pour le promettant de révoquer la promesse⁹. D'autres arrêts furent cités comme s'étant prononcés sur la révocation du promettant¹⁰. En réalité, ils ne se prononçaient pas sur une manifestation de volonté du promettant d'anéantir son consentement¹¹, ou sanctionnaient par les dommages-intérêts de l'ancien article 1142 l'inexécution de promesses unilatérales de contrat projetant des consentements, à des contrats respectivement de société, d'hypothèque, ou de prêt¹².

Puis, trois arrêts de la cour d'appel de Paris de 1990 et 1991 jugèrent, d'une part, que la manifestation de volonté du promettant d'anéantir son consentement empêchait la rencontre des consentements au contrat promis en dépit de la levée d'option postérieure à cette

¹ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 183.

² L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 89 ; L. Guillouard, *De la vente et de l'échange*, t. 1, 1889, n° 85 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 12, *De la vente et de l'échange*, 1900, n° 66 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 2^e éd., LGDJ, 1902, n° 1406 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 5, 5^e éd., 1907, § 349, p. 7 ; R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 134 ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 148 ; Req. 18 mars 1912 : DP 1913, I, 198 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 76 ; H. Boyer, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1931, p. 63 et s. ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 44 ; P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 138 ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 382 et s. ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 34 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 222 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 908.

³ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 269.

⁴ É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 162.

⁵ P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 128 et s.

⁶ 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 366 et s.

⁷ P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 128 et s. ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 111.

⁸ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 519.

⁹ CA Paris, 15 mars 1979 : JCP 1979, IV, 349.

¹⁰ RJDA 1996, p. 636, D. Pradier ; JCP N 2011, p. 1163, rapport G. Rouzet ; LPA 13 oct. 2008, n° 2005, p. 13, note A. Lebois ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 831.

¹¹ Cass. req., 18 juin 1862, DP 1862, 1, p. 364 ; Cass. req., 26 nov. 1935, DP 1936, 1, p. 37 ; Cass. 3^e civ., 20 mars 1979, n° 77-15.045 ; Bull. civ. III, n° 72 ; Cass. com., 17 févr. 1982, n° 79-14.796 : Bull. com. n° 64 ; D. 1983, p. 484, note J. Schmidt.

¹² Cass. req., 19 févr. 1907 : S. 1912, I, p. 217, note J. Perroud ; Cass. 1^{re} civ., 20 juill. 1981, n° 80-12.529 : Bull. civ. I, n° 267 ; Defrénois 1982, art. 32915, n° 45, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ., 1982, 427, obs. P. Rémy ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 594 ; GAJ civ., t. 2, 2005, n° 284 ; Cass. 3^e civ., 7 avr. 1993, n° 91-10.032 : Bull. civ. III, n° 55.

manifestation, ce qui sous-entendait que cette volonté était efficace et avait anéanti le consentement du promettant, et d'autre part, que l'inexécution de l'obligation de faire créée par cette promesse était sanctionnable par des dommages-intérêts en vertu de l'ancien article 1142 et non par une exécution forcée en nature¹. Or, l'arrêt Godard contre consorts Cruz², et un autre arrêt méconnu³, rendus par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 15 décembre 1993, approuvèrent les deux premiers de ces arrêts et furent confirmés.

554. Depuis les arrêts du 15 décembre 1993. Parmi les arrêts de la Cour de cassation antérieurs à la réforme de 2016, deux confirmèrent ceux de 1993, d'autres de 2006 à 2010 firent croire à un revirement, que des arrêts écartèrent dès 2011.

Dans un premier temps, les arrêts de 1993 furent confirmés dans deux arrêts de la troisième chambre civile mentionnant une obligation de maintenir une offre. Le 26 juin 1996, un arrêt publié rejeta un pourvoi invoquant la jurisprudence du 15 décembre 1993 et formé contre un arrêt de la cour d'appel de Paris du 5 mars 1993 ayant prononcé la réalisation forcée d'une vente⁴. Cependant, la rétractation n'avait pas été invoquée devant les juges d'appel, sinon ces arrêts auraient été confirmés selon le conseiller-rapporteur⁵. Le 28 octobre 2003, un arrêt inédit confirma la jurisprudence du 15 décembre 1993⁶.

Dans un deuxième temps, quelques décisions furent interprétées comme des signes d'un potentiel revirement de jurisprudence. Mais en réalité, elles étaient relatives à l'exécution forcée d'une promesse unilatérale de contrat projetant un consentement⁷, ou du pacte de préférence⁸, à une clause d'exécution forcée⁹, à la transmission de la promesse unilatérale de

¹ CA Paris, 2^e ch. sect. B, 8 nov. 1990 ; CA Paris, 2^e ch. sect. B, 20 mars 1991 ; CA Paris, 2^e ch. sect. B, 5 déc. 1991 : Bull. Joly mars 1992, p. 305, note F. Bénac-Schmidt.

² Cass 3^e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199 : Bull. civ. III, n° 174 ; Defrénois 1994, p. 795, obs. P. Delebecque ; D. 1994, p. 507, note F. Bénac-Schmidt ; D. 1994, somm. p. 230, obs. O. Tournafond ; RTD civ. 1994, p. 588, obs. J. Mestre ; AJDI 1994, p. 351, obs. M. Azencot ; D. 1995, somm. p. 87, obs. L. Aynès ; JCP 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; JCP N 1995, I, 194, obs. A. Terrasson de Fougères.

³ Cass 3^e civ., 15 déc. 1993, n° 91-14.999 : Inédit.

⁴ Cass. 3^e civ., 26 juin 1996, n° 94-16.326 : Bull. civ. III, n° 165 ; RJDA 1996, p. 636, D. Pronier ; RDI 1996, p. 589, obs. J.-C. Groslière ; LPA 30 mai 1997, note B. Bevière ; D. 1997, p. 119, note I. Najjar ; D. 1997, p. 169, note D. Mazeaud.

⁵ RJDA 1996, p. 636, D. Pronier.

⁶ Cass. 3^e civ., 28 oct. 2003, n° 02-14.459 : RDC 2004, p. 270, obs. D. Mazeaud.

⁷ Cass. 3^e civ., 6 avr. 2004, 00-19.991, inédit : RDC 2004, p. 969, obs. F. Collart Dutilleul ; LPA 13 oct. 2008, n° 2005, p. 13, note A. Lebois.

⁸ Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376. Voir les commentaires de cet arrêt ci-dessous n° 658. Pour les références voyant un revirement pour la promesse unilatérale : LPA 13 oct. 2008, n° 2005, p. 13, note A. Lebois ; JCP 2008, II, 10147, note G. Pillet ; Dr. et patr., févr. 2009, p. 120, obs. L. Aynès et P. Stoffel-Munck ; RDC 2008, p. 734, obs. D. Mazeaud ; O. Deshayes, ss dir., *L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008, p. 151 ; Gaz. Pal. 4 nov. 2010, p. 14, note D. Houtcieff ; D. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 768 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 831 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 243 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 192.

⁹ Cass. 3^e civ., 27 mars 2008, n° 07-11.721. Les commentaires de cet arrêt sont les suivants : JCP 2008, II, 10147, note G. Pillet ; Dr. et patr., févr. 2009, p. 120, obs. L. Aynès et P. Stoffel-Munck ; RDC 2008, p. 734, obs. D. Mazeaud ; RDC 2008, p. 1239, obs. F. Collart Dutilleul ; RDC 2009, p. 143, obs. P. Brun ; LPA 13 oct. 2008, n° 2005, p. 13, note A. Lebois ; RTD civ. 2008, p. 475, obs. B. Fages ; JCP N 2009, n° 1, p. 25, obs. S. Piedelièvre ; Dr. et patr. 2009, n° 178, p. 121, obs. L. Aynès et P. Stoffel-Munck ; O. Barret, *Rép. civ.*

contrat à cause de mort du promettant¹, ou à une dénonciation pour invalidité².

Dans un troisième temps, à partir de 2011, différents arrêts reprirent la jurisprudence de 1993 dans les deux ordres juridictionnels, avec d'autres fondements textuels. D'une part, comme les arrêts de 1993, des arrêts de la troisième chambre civile des 11 mai 2011³, 12 juin 2013⁴, et 16 juin 2015⁵, et de la chambre commerciale des 13 septembre 2011⁶, et 14 janvier 2014⁷, considèrent que la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluait la formation du contrat de vente promis par la rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, et donc la réalisation forcée de cette vente. Toutefois, ils innovèrent en retenant que la reconnaissance de la formation de cette vente et son exécution forcée violaient l'ancien article 1101 du Code civil, définissant le contrat, et l'ancien article 1134 de ce code, consacrant la force obligatoire du contrat. Ainsi, ils n'évoquaient plus d'obligation de faire et l'ancien article 1142 condamnant l'inexécution de cette dernière par des dommages-intérêts. D'autre part, un arrêt du Conseil d'État du 2 avril 2015 reprit cette solution⁸.

Ainsi, la jurisprudence initiée le 15 décembre 1993 fut généralement critiquée (1) et marginalement soutenue (2).

1. Les analyses généralement défavorables à la jurisprudence initiée en 1993

555. La situation du consentement du promettant. La jurisprudence initiée le 15 décembre 1993 fut très critiquée en doctrine. Or, ces divers arrêts n'ont pas clairement déterminé si le consentement du promettant était une offre antérieure et extérieure à la

Dalloz, V° *Promesse de vente*, janv. 2011, n° 109. Les interprétations de cet arrêt comme signe d'un revirement sont les suivantes : LPA 13 oct. 2008, n° 2005, p. 13, note A. Lebois ; *Contrats*, conc. consom. 2011, comm. 186, note L. Leveneur ; D. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations*, *Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, p. 63 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 832.

¹ Cass. 3^e civ., 8 sept. 2010, n° 09-13.345 : Bull. civ. III, n° 153 ; JCP G 2010, p. 1051, note G. Pillet ; JCP G 2011, 63, obs. J. Ghestin ; Gaz. Pal. 4 nov. 2010, p. 14, note D. Houtcieff ; Gaz. Pal. 2 déc. 2010, p. 15, note G. Pignarre ; Defrénois 2010, p. 2123, note L. Aynès ; RTD civ. 2010, p. 778, obs. B. Fages ; RDC 2011, p. 57, obs. T. Genicon ; D. 2011, p. 472, obs. S. Amrani-Mekki.

² Cass. 3^e civ., 6 sept. 2011, n° 10-20.362 : JCP G 2011, p. 1316, note L. Perdrix ; D. 2012, p. 2838, note C. Grimaldi ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 768.

³ Cass. 3^e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875 : Bull. civ. III, n° 77 ; D. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud ; D. 2011, p. 1460, note D. Mainguy ; D. 2011, p. 2679, chron. A.-C. Monge et I. Goanvic ; *Contrats*, conc. consom. 2011, comm. 186, note L. Leveneur ; RDC 2011, p. 1133, obs. Y.-M. Laithier ; JCP E 2011, p. 1670, note Y. Paclot ; JCP N 2011, p. 1163, rapport G. Rouzet ; Defrénois 2011, p. 1023, note L. Aynès ; RTD civ. 2011, p. 532, obs. B. Fages ; D. 2012, 59, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; AJDI 2012, 55, obs. F. Cohet-Cordey.

⁴ Cass. 3^e civ., 12 juin 2013, n° 12-19.105, inédit.

⁵ Cass. 3^e civ., 16 juin 2015, n° 14-14.758, inédit : RDC 2015, p. 832, note Y.-M. Laithier ; D. 2016, p. 566, chron. M. Mekki.

⁶ Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-19.526 : JCP G 2011, p. 1353, note J. Heymann ; *Contrats*, conc. consom. 2011, comm. 253, note L. Leveneur ; D. 2012, p. 130, note A. Gaudemet ; *Rev. sociétés* 2012, p. 22, note B. Fages ; RTD civ. 2011, p. 758, obs. B. Fages ; RTD com. 2011, p. 788, obs. B. Bouloc.

⁷ Cass. com., 14 janv. 2014, n° 12-29.071, inédit.

⁸ CE, 2 avr. 2015, n° 364539, Commune de Case-Pilote : *Rec. Lebon* ; AJCA 2015, p.320, note J. Dubarry ; JCP A 2015, act. 334, É.

promesse unilatérale de contrat comme chez l'avant-contrat de Demolombe, ou était un consentement contenu dans la promesse unilatérale de contrat. Pourtant cette distinction est fondamentale pour analyser ces arrêts. Dans une première conception de cette promesse unilatérale de contrat, vue comme créatrice d'une obligation de maintien d'une offre extérieure à cette promesse, cette jurisprudence initiée en 1993 se justifiait par une interprétation littérale et critiquable de l'ancien article 1142. De fait, l'offre étant extérieure à la promesse, sa révocation n'était pas celle de la promesse et n'était pas rendue inefficace par le principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat, mais était efficace, si bien que le bénéficiaire devait demander l'exécution forcée de cette obligation de faire au juge, qui pouvait la refuser par l'interprétation littérale de cet article 1142 condamnant l'inexécution des obligations de faire par des dommages-intérêts. Dans une deuxième conception le consentement du promettant était contenu dans la promesse unilatérale de contrat et cette jurisprudence était très critiquable.

556. L'efficacité de la volonté de révoquer. L'erreur majeure des juges fut de reconnaître l'efficacité de la manifestation de volonté du promettant de révoquer la promesse unilatérale de contrat et donc son consentement au contrat promis, contenu dans celle-ci. Or, la doctrine critiqua le plus souvent cette révocation ou rétractation, qui était selon elle impossible en raison de l'irrévocabilité de la promesse¹, sans influence², inexistante³, nulle⁴, inefficace⁵, en raison du principe de force obligatoire⁶, et de l'ancien article 1134⁷, et notamment de son alinéa 2⁸. En particulier, la rétractation fut présentée par M. Molfessis

Langelier ; Dr. adm. 2015, comm. 50, G. Eveillard ; AJDA 2015, p. 719, C. Biget.

¹ D. 1994, somm. p. 230, obs. O. Tournafond ; D. 1995, somm. p. 87, obs. L. Aynès ; RDI 1996, p. 589, obs. J.-C. Groslière ; LPA 30 mai 1997, note B. Bevière ; D. 1997, p. 119, note I. Najjar ; LPA, 23 avr. 1997 n° 49, p. 18, R.-N. Schütz ; R.-N. Schütz, *L'exécution des promesses de vente*, Defrénois 1999, art. 37021 ; D. 1997, p. 169, note D. Mazeaud ; D. Mazeaud, *Exécution des contrats préparatoires*, RDC 2005, p. 61 ; D. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud ; JCP G 2011, p. 1316, note L. Perdrix ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 192 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 309.

² JCP 1995, II, 22366, note D. Mazeaud.

³ D. 1997, p. 169, note D. Mazeaud ; D. Mazeaud, *Exécution des contrats préparatoires*, RDC 2005, p. 61.

⁴ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 135-2.

⁵ LPA, 23 avr. 1997 n° 49, p. 18, R.-N. Schütz ; RDC 2004, p. 270, obs. D. Mazeaud ; RDC 2011, p. 1133, obs. Y.-M. Laithier ; JCP E 2011, p. 1670, note Y. Paclot ; G. Wicker, *L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif*, RDC 2012, p. 649 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2013, n° 147 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, p. 62 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 209 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-110.

⁶ D. 1994, p. 507, note F. Bénac-Schmidt ; D. 1994, somm. p. 230, obs. O. Tournafond ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, janv. 2011, n° 109.

⁷ D. 1994, p. 507, note F. Bénac-Schmidt ; D. 1994, somm. p. 230, obs. O. Tournafond ; JCP N 1995, I, 194, obs. A. Terrasson de Fougères ; JCP 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; D. 1997, p. 169, note D. Mazeaud ; G. Wicker, *L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif*, RDC 2012, p. 649.

⁸ D. 1995, somm. 87, obs. L. Aynès ; JCP N 1995, I, 194, obs. A. Terrasson de Fougères ; LPA, 23 avr. 1997 n° 49, p. 18, R.-N. Schütz ; R.-N. Schütz, *L'exécution des promesses de vente*, Defrénois 1999, art. 37021 ; RDC 2004, p. 270, obs. D. Mazeaud ; D. Mazeaud,

comme un acte juridique, en tant que volonté d'annihiler les effets juridiques d'un acte préexistant, qui était nul et inapte à produire un effet car contraire au droit, voire ne pouvait exister¹. Néanmoins, toutes ces analyses n'étaient pas précises techniquement. En effet, le principe de force obligatoire du contrat, de l'alinéa 1^{er} de l'ancien article 1134 du Code civil avait parmi ses corrélats, le principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat, de l'alinéa 2 de cet article. Par conséquent, la révocation du contrat résultait de la rencontre des volontés de toutes les parties de le révoquer, à nos yeux lorsque celles-ci produisaient leur effet juridique d'anéantissement du contrat. Ainsi, la manifestation de volonté du promettant de révoquer la promesse unilatérale de contrat, que nous définissons comme une volonté de produire un effet juridique d'anéantissement du contrat, était libre en tant que proposition de révocation de la promesse adressée au bénéficiaire, qui pouvait manifester une volonté de révocation identique pour révoquer cette promesse. Cependant, cette volonté du promettant restait inefficace tant qu'elle était seule et non suivie par une volonté identique du bénéficiaire. Dès lors, cette promesse unilatérale de contrat survivait à cette manifestation de volonté du promettant, avec en elle le consentement au contrat promis du promettant qui pouvait rencontrer celui du bénéficiaire, manifesté lors de la levée d'option. À ce titre, le visa de l'ancien article 1134 contenant le principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat dans les arrêts à compter de 2011 était extrêmement critiquable, pour reconnaître l'efficacité de la volonté du promettant d'anéantir la promesse, exclue par ce principe.

557. L'obligation de la promesse. La doctrine a critiqué la reconnaissance par ces arrêts de 1993 à 2008 d'une obligation de faire en général², et en particulier celle d'une obligation de maintien de l'offre ou du consentement du promettant³. Pourtant, nous avons vu lors de l'étude de l'histoire des promesses de contrat que les plus nombreuses définitions doctrinales et jurisprudentielles de cette promesse depuis la théorie de l'avant-contrat de Demolombe jusqu'en 1993, reconnaissaient l'existence dans la promesse d'une obligation de maintien d'une offre ou du consentement¹. De plus, dès lors qu'il était reconnu que le consentement du promettant était contenu dans la promesse, peu importaient la présence ou l'absence et l'objet d'une obligation dans celle-ci, le principe d'irrévocabilité unilatérale du

Exécution des contrats préparatoires, RDC 2005, p. 61 ; E. Schlumberger, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, th. Paris 1, 2011, Dalloz, 2013, n° 461 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 192.

¹ N. Molfessis, *De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente*, D. 2012, p. 231.

² Voir ci-dessus n° 404 et s.

³ Voir ci-dessus n° 407 et s.

contrat rendait inefficace la volonté du promettant de révoquer cette promesse.

558. La volonté efficace et fautive. Il existait une contradiction très forte dans le raisonnement des juges. Plus précisément, le concept de force obligatoire du contrat est un bloc constitué de corrélat, dont l'un ne peut être écarté tout en appliquant un autre, sans perdre toute cohérence. Cependant, les juges firent produire à la manifestation de volonté du promettant de révoquer la promesse unilatérale, un effet juridique d'anéantissement que le principe de force obligatoire et son corrélat d'irrévocabilité unilatérale du contrat lui interdisait de produire seule. Simultanément, les juges saisirent cette manifestation de volonté du promettant, comme une violation du principe de force obligatoire, devant être sanctionnée par des dommages-intérêts pour rétablir cette force obligatoire d'une promesse anéantie. De plus, étant donné que selon les juges la volonté du promettant d'anéantir la promesse unilatérale produisait un effet d'anéantissement de celle-ci, cet effet pouvait être produit pour l'avenir seul ou être rétroactif ; dans ce dernier cas, le raisonnement de ces arrêts était encore plus critiquable, puisque les juges sanctionnaient alors l'inexécution d'une promesse ayant disparu rétroactivement, c'est-à-dire n'ayant jamais existé. Par ailleurs, si la volonté unilatérale du promettant d'anéantir la promesse unilatérale était efficace, alors à plus forte raison, sa volonté de modifier cette promesse l'était aussi.

559. Les préjudices. L'engagement de la responsabilité contractuelle du promettant était insatisfaisant car il y avait peu de préjudices réparables.

Primo, l'arrêt du 16 juin 2015 intégra dans ces préjudices 7 422,50 € au titre des frais de notaire exposés en vain². Pourtant, en aucun cas les pertes et dépenses antérieures à la révocation, dont ces frais de notaire, ne devaient être réparées, puisqu'elles étaient antérieures à la révocation et n'étaient donc pas en lien de causalité avec celle-ci.

Secundo, les avantages attendus du contrat promis étaient purement éventuels jusqu'à la levée d'option, en vertu de la liberté contractuelle du bénéficiaire de lever l'option ou non ; donc le fait de ne pas les obtenir n'était pas un préjudice certain même si l'inverse fut envisagé³ : il n'y avait ni perte éprouvée faute d'amodrissement patrimonial ni gain manqué lequel supposait que la survenance du gain était normale alors que celle-ci était purement éventuelle.

Tertio, la chance de conclure ce contrat promis était purement éventuelle avant la levée

¹ Voir ci-dessus n° 391 et s.

² Cass. 3^e civ., 16 juin 2015, n° 14-14.758, inédit : RDC 2015, p. 832, note Y.-M. Laithier ; D. 2016, p. 566, chron. M. Mekki.

³ AJCA 2015, p. 320, note J. Dubarry.

d'option, en vertu de la liberté contractuelle du bénéficiaire de lever l'option ou non, donc à plus forte raison la chance d'obtenir l'exécution du contrat promis était purement éventuelle avant cette levée d'option, si bien que les pertes de ces chances n'étaient pas des préjudices certains. Pourtant, des auteurs envisageaient la réparation de cette perte de chance¹, et l'arrêt du 16 juin 2015 approuva la condamnation à 600 000 € au titre de la perte de chance de percevoir le bénéfice d'un projet de lotissement, alors que la promesse unilatérale de vente concernait une parcelle d'une valeur de 548 062 €². Ainsi, la jurisprudence initiée en 1993 aboutissait à des résultats profondément irrationnels : ici, le promettant conservait sa parcelle mais devait verser des dommages-intérêts supérieurs au prix de la parcelle, à un bénéficiaire qui ne payait finalement aucun prix.

Quarto, les seuls préjudices réparables étaient la déception ou l'atteinte à la réputation.

560. L'exécution forcée. La position doctrinale favorable à une exécution forcée en nature devait être rejetée. De fait, de rares auteurs eurent une bonne intuition selon laquelle le terrain de l'exécution forcée n'était pas le bon pour appréhender la manifestation de volonté du promettant d'anéantir son consentement³, car il n'y avait pas inexécution⁴, le bon terrain étant l'efficacité de la rétractation⁵. Certes, comme cela fut souligné, l'ancien article 1142 ne faisait pas obstacle à l'exécution forcée d'une obligation de faire en général⁶. Mais, de façon générale, il était impossible techniquement comme le firent les arrêts précités, d'abord, de reconnaître en violation du principe de force obligatoire du contrat, la production d'un effet juridique d'anéantissement de la promesse unilatérale par la volonté unilatérale du promettant de révoquer cette promesse, avec anéantissement du consentement du promettant et de l'obligation de faire de ce dernier contenus dans celle-ci, et ensuite, de proposer, pour faire respecter la force obligatoire du contrat, de prononcer l'exécution forcée de l'obligation de faire créée par cette promesse et anéantie par révocation.

En particulier, les objets de l'exécution forcée proposée en doctrine, à savoir réitérer le

¹ D. Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter*, RTD civ. 2004, p. 1 ; AJCA 2015, p.320, note J. Dubarry.

² Cass. 3^e civ., 16 juin 2015, n° 14-14.758, inédit : RDC 2015, p. 832, note Y.-M. Laithier ; D. 2016, p. 566, chron. M. Mekki.

³ RDC 2009, p. 143, obs. P. Brun.

⁴ LPA, 23 avr. 1997 n° 49, p. 18, R.-N. Schütz ; R.-N. Schütz, *L'exécution des promesses de vente*, Defrénois 1999, art. 37021.

⁵ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 449.

⁶ Defrénois 1994, p. 795, obs. P. Delebecque ; D. 1994, p. 507, note F. Bénac-Schmidt ; D. 1994, somm. p. 230, obs. O. Tournafond ; AJDI 1994, p. 351, obs. M. Azencot ; JCP N 1995, I, 194, obs. A. Terrasson de Fougères ; JCP 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; AJDI 1996, p. 568, note D. Stapylton-Smith ; LPA 30 mai 1997, note B. Bévière ; LPA, 23 avr. 1997 n° 49, p. 18, R.-N. Schütz ; R.-N. Schütz, *L'exécution des promesses de vente*, Defrénois 1999, art. 37021 ; RDC 2004, p. 270, obs. D. Mazeaud ; D. Mazeaud, *Exécution des contrats préparatoires*, RDC 2005, p. 61 ; D. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud ; D. 2012, p 2838, note C. Grimaldi ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{ère} éd., 2015, n° 209.

consentement¹, constater ou forcer la conclusion du contrat², rendre une décision tenant lieu du contrat promis³, anéantir la rétractation⁴, ou l'exécution du contrat promis⁵, ne correspondaient pas à l'objet de l'obligation de maintien de consentement.

Aussi, cette exécution forcée ne pouvait être un maintien du consentement comme cela fut proposé⁶, alors que pour les juges ce consentement avait été révoqué, donc anéanti.

Par ailleurs, l'idée de réparation en nature par réalisation de la vente⁷, était illogique car la réparation s'attaque aux conséquences de la faute et non à son existence.

De surcroît, il était illogique de proposer de prononcer l'exécution forcée tout en écartant l'existence dans la promesse d'une obligation de faire ou de ne pas faire, parce que l'exécution forcée est un mécanisme consistant à forcer l'exécution d'une obligation, si bien que sans obligation dans la promesse, l'exécution forcée était impossible.

Enfin, cette exécution forcée devenait absolument impossible si la manifestation de volonté du promettant de révoquer la promesse unilatérale produisait son effet d'anéantissement de cette dernière de manière rétroactive : la promesse unilatérale n'avait alors jamais existé et il était impossible de prononcer l'exécution forcée de l'obligation qui n'avait jamais existé.

561. La clause pénale. Il fut proposé de lutter contre cette jurisprudence en recourant à la technique de la clause pénale⁸. Toutefois, au stade de la conclusion de la promesse unilatérale, il était contradictoire de recourir à cette promesse afin de bloquer le consentement du promettant dans celle-ci, tout en prévoyant que la volonté du promettant de la révoquer serait efficace et constituerait une inexécution sanctionnée par une clause pénale. De même, au stade de la manifestation de volonté du promettant de révoquer la promesse unilatérale, il était contradictoire de reconnaître son efficacité, en violation du principe de force obligatoire du contrat, puis d'invoquer par application de ce principe, la clause pénale disparue avec la révocation de la promesse.

562. La clause d'exécution forcée. Il fut proposé de recourir à une clause d'exécution

¹ J. Schmidt-Szalewski, *La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats*, RTD civ. 2000 p. 25.

² Defrénois 1994, p. 795, obs. P. Delebecque ; D. 1997, p. 119, note I. Najjar ; D. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 309.

³ Defrénois 1994, p. 795, obs. P. Delebecque ; D. 1994, p. 507, note F. Bénac-Schmidt ; JCP N 1995, I, 194, obs. A. Terrasson de Fougères ; RDC 2009, p. 143, obs. P. Brun.

⁴ AJDI 1994, p. 351, obs. M. Azencot.

⁵ O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, janv. 2011, n° 109.

⁶ D. 1994, somm. p. 230, obs. O. Tournafond ; RTD civ. 1994, p. 588, obs. J. Mestre ; LPA, 23 avr. 1997 n° 49, p. 18, R.-N. Schütz ; R.-N. Schütz, *L'exécution des promesses de vente*, Defrénois 1999, art. 37021.

⁷ JCP N 2011, p. 1163, rapport G. Rouzet.

⁸ JCP 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; D. Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter*, RTD civ. 2004, p. 1 ; RDC 2008, p. 734, obs. D. Mazeaud ; D. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud ; E. Schlumberger, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, th. Paris 1, 2011, Dalloz, 2013, n° 523 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ,

forcée en nature¹. Néanmoins, si la manifestation de volonté du promettant de révoquer la promesse unilatérale de contrat était efficace comme le reconnaissait la jurisprudence, en violation du principe de force obligatoire du contrat, cette promesse disparaissait avec en elle le consentement et la clause d'exécution forcée, laquelle ne pouvait plus être invoquée.

563. L'insécurité juridique. Au plan politique comme cela fut souligné, cette jurisprudence bafouait la sécurité précontractuelle attendue de cette promesse unilatérale², et contredisait les quatre arrêts qui permettaient à l'offrant d'insérer dans l'offre une obligation de ne pas l'anéantir rendant inefficace la volonté de la révoquer. Pourtant des voix marginales défendaient cette thèse.

2. Les analyses marginalement favorables à la jurisprudence initiée en 1993

564. Les arguments déjà écartés. Quelques auteurs, dont Mme Fabre-Magnan³, et M. Mainguy⁴, approuvaient cette jurisprudence, avec certains arguments que nous avons écartés. D'abord, M. Mainguy et Mme Fabre-Magnan critiquaient le fait d'objectiver, de désincarner, de rigidifier, de figer le consentement du promettant. Pourtant, c'est la raison d'être de la création de cette promesse unilatérale comme nous l'avons vu⁵.

Ensuite, quelques auteurs reconnaissaient l'efficacité de la rétractation unilatérale⁶, et M. Mainguy considérait que l'affirmation de l'inefficacité de la rétractation était artificielle car il était difficile d'y voir la violation d'un engagement légal⁷. Mais nous venons de voir que la reconnaissance de cette efficacité est l'erreur cardinale ici⁸.

Enfin, selon des auteurs les dommages-intérêts constituaient une sanction satisfaisante, opportune et modulable⁹. Toutefois, nous avons vu leur faible utilité¹.

4^e éd., 2013, n° 832.

¹ F. Collart Dutilleul, *La durée des promesses de contrat*, RDC 2004, p. 15 ; LPA 13 oct. 2008, n° 2005, p. 13, note A. Lebois ; Contrats, conc. consom. 2011, comm. 186, note L. Leveneur ; D. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, p. 63 ; E. Schlumberger, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, th. Paris 1, 2011, Dalloz, 2013, n° 518 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 832.

² Defrénois 1994, 795, obs. P. Delebecque ; D. 1994, p. 507, note F. Bénac-Schmidt ; RTD civ. 1994, p. 588, obs. J. Mestre ; JCP 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; LPA 30 mai 1997, note B. Bevière ; RDC 2004, p. 270, obs. D. Mazeaud ; D. Mazeaud, *Exécution des contrats préparatoires*, RDC 2005, p. 61 ; D. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, janv. 2011, n° 109 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 192.

³ M. Fabre-Magnan, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ. 1996, p. 85 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 245 et s. ; M. Fabre-Magnan, *L'engagement du promettant : engagement au contrat préparatoire*, RDC 2012, p. 633.

⁴ D. Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter*, RTD civ. 2004, p. 1 ; D. 2011, p. 1460, note D. Mainguy.

⁵ D. Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter*, RTD civ. 2004, p. 1 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 255 ; voir ci-dessus n° 411.

⁶ AJDI 1994, p. 351, obs. M. Azencot ; AJDI 1996, p. 568, note D. Stapylton-Smith ; D. 2011, p. 1460, note D. Mainguy ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 70 ; AJCA 2015, p. 320, note J. Dubarry.

⁷ D. Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter*, RTD civ. 2004, p. 1.

⁸ Voir ci-dessus n° 558.

⁹ M. Fabre-Magnan, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ. 1996, p. 85 ; D. Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la*

565. L'obligation de donner. Dans un article de 1996 relatif au mythe de l'obligation de donner², Mme Fabre-Magnan affirma que la promesse unilatérale de vente devait être appréhendée, non en termes d'obligation de faire et d'obligation de donner, laquelle n'existait pas pour elle, mais en termes de contrat translatif de propriété ou non³. Selon elle, le juge avait le choix entre deux sanctions pour chacune des phases de la promesse unilatérale de vente : des dommages-intérêts ou le transfert forcé de propriété⁴. Dès lors, puisque la promesse unilatérale de vente n'était pas un contrat translatif de propriété, elle affirmait qu'il était logique que la rétractation fût sanctionnée par des dommages-intérêts, l'exécution forcée sous forme de transfert forcé de propriété ne pouvant sanctionner un contrat non translatif de propriété, ce qui fut repris en doctrine⁵. Néanmoins, le postulat de Mme Fabre-Magnan, qui opposait deux sanctions, à savoir les dommages-intérêts et le transfert forcé de propriété, était erroné. Corrélativement, ce n'est pas parce que le transfert forcé de propriété n'était évidemment pas une exécution forcée de la promesse unilatérale de contrat, que pour autant l'allocation de dommages-intérêts était justifiée. En somme, le fait d'appréhender la promesse unilatérale de vente, non par les concepts d'obligations de faire et de donner, mais par la notion de contrat translatif de propriété ou non, était totalement indifférent du point de vue de la volonté du promettant de révoquer la promesse : cette volonté était inefficace.

566. La liberté contractuelle. Des auteurs affirmaient que la jurisprudence initiée le 15 décembre 1993 était la seule à respecter le principe de liberté contractuelle⁶, ce qui fut critiqué⁷. Or, nous avons écarté lors de la définition de la promesse unilatérale de contrat, l'idée de Mme Fabre-Magnan selon laquelle étaient interdites les obligations de consentir ou de maintenir un consentement⁸. Symétriquement, au plan de la phase d'exécution de cette promesse unilatérale, selon M. Mainguy, le maintien forcé du consentement était contraire à

promesse de contracter, RTD civ. 2004, p. 1 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 245 et s. ; M. Fabre-Magnan, *L'engagement du promettant : engagement au contrat préparatoire*, RDC 2012, p. 633 ; AJCA 2015, p. 320, note J. Dubarry.

¹ Voir ci-dessus n° 559.

² M. Fabre-Magnan, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ. 1996, p. 85.

³ M. Fabre-Magnan, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ. 1996, p. 85.

⁴ M. Fabre-Magnan, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ. 1996, p. 85 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 245 et s.

⁵ AJCA 2015, p. 320, note J. Dubarry.

⁶ J. Schmidt-Szalewski, *La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats*, RTD civ. 2000 p. 25 ; D. Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter*, RTD civ. 2004, p. 1 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 246 et 253.

⁷ LPA 13 oct. 2008, n° 2005, p. 13, note A. Lebois ; R.-N. Schütz, *L'exécution des promesses de vente*, Defrénois 1999, art. 37021.

⁸ Voir ci-dessus n° 402 et s. et 407 et s.

la liberté contractuelle¹, et pour Mme Fabre-Magnan, la liberté contractuelle était atteinte par le fait de donner irrévocablement un consentement ou de s'obliger à maintenir son consentement², car cette liberté interdisait de bloquer un consentement en tant que liberté de conclure ou non jusqu'à la conclusion³. Toutefois, techniquement, ce principe implique la liberté de manifester ou non un consentement à un contrat et de déterminer à la fois son contenu et sa forme. Dès lors, la liberté contractuelle n'est pas la liberté de révoquer ce consentement unilatéralement, qui relève de la manifestation d'une volonté de produire un effet d'anéantissement d'un consentement. En revanche, au plan technique c'est la liberté contractuelle qui permet de conclure une telle promesse unilatérale contenant un consentement. De plus, la liberté du promettant de manifester sa volonté de révoquer la promesse unilatérale de contrat était respectée s'il était fait application de l'irrévocabilité unilatérale du contrat : le promettant manifestait cette volonté et le bénéficiaire était libre de manifester ou non la sienne pour révoquer la promesse, et libre de manifester son consentement au contrat promis par une levée d'option. Par suite, il n'existait aucune conclusion forcée ici : aucune manifestation de consentement n'était imposée au promettant et la conclusion résultait de la rencontre du consentement du promettant, librement manifesté lors de la formation de la promesse, et du consentement du bénéficiaire par levée d'option.

567. L'opportunité. M. Mainguy justifia cette jurisprudence par une analyse économique et le recours à la théorie de l'inexécution efficace du contrat⁴. Néanmoins, cette analyse économique était techniquement la négation de la force obligatoire, mais aussi économiquement inefficace avec des dommages-intérêts infondés et excessifs.

En somme, la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 reconnaissait l'efficacité de la volonté du promettant d'anéantir son consentement en présence d'une promesse unilatérale de contrat à durée déterminée. C'est pourquoi elle était très critiquée et a conduit la réforme du 10 février 2016 à la combattre.

B. La volonté du promettant de révoquer son consentement après la réforme de 2016

568. L'ordonnance du 10 février 2016 a combattu la jurisprudence antérieure par l'alinéa 2 de l'article 1124, dont il faut étudier l'explication (1), puis l'application (2).

¹ D. Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter*, RTD civ. 2004, p. 1.

² M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 253.

³ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 254.

⁴ J. Schmidt-Szalewski, *La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats*, RTD civ. 2000 p. 25 ; D. Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter*, RTD civ. 2004, p. 1 ; D. 2011, p. 1460, note D. Mainguy.

1. L'explication de l'alinéa 2 de l'article 1124

569. L'approbation majoritaire. L'alinéa 2 de l'article 1124 du Code civil est généralement approuvé par la doctrine. Ainsi, les analyses du fondement juridique de l'alinéa 2 de l'article 1124 sont très diverses sans être controversées. Or, dans leur majorité, elles ne se prononcent pas sur le point de savoir si la volonté du promettant de révoquer sa promesse est efficace ou non. Pour commencer, le rapport sur l'ordonnance affirme que cet alinéa 2 consacre la conclusion, la réalisation et l'exécution forcées du contrat. Les autres sources soutiennent que cet alinéa 2 répute conclu le contrat promis en dépit de la rétractation du promettant¹, ou prévoit une exécution forcée², en nature³, de la promesse, une constatation judiciaire de la formation du contrat promis⁴, une exécution forcée du contrat promis⁵, ou une sanction de la révocation de la promesse par la formation du contrat promis⁶. Dès lors, il faut étudier ces analyses en envisageant deux interprétations de l'expression de révocation de la promesse, qu'utilise cet alinéa 2 : l'efficacité de la volonté du promettant de révoquer la promesse unilatérale est reconnue selon la première interprétation et exclue pour la seconde.

570. L'approbation avec efficacité de la volonté de révoquer. Selon une première interprétation, cet alinéa 2 reconnaît l'efficacité de la volonté de révocation. D'abord, s'il est retenu que cette volonté de révocation est efficace, alors ne sont pas respectueuses de la condition de formation du contrat qu'est l'existence du consentement, et de la liberté contractuelle, les affirmations selon lesquelles en vertu de cet alinéa 2 de l'article 1124, cette révocation n'empêche pas la conclusion, le contrat est réputé conclu, ou la constatation judiciaire de la formation du contrat promis est permise. Du fait de l'efficacité de cette volonté, le consentement du promettant a disparu, ne peut plus rencontrer celui du bénéficiaire afin de former le contrat promis et ne peut être forcé sans obligation en ce sens. De plus, s'il est retenu que cette volonté de révocation est efficace, cela nie le principe de

¹ N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 30.

² D. Gallois-Cochet, *Réforme du droit des contrats, pactes de préférence et promesses unilatérales*, Dr. sociétés 2016, repère 4 ; AJDI 2016 p. 324, F. Cohet ; Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 22 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 9^e éd., 2018, Economica, n° 298 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 76 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 136.

³ M. Latina et G. Chantépie, ss dir., *Projet de réforme du droit des contrats, Analyses et propositions*, Dalloz, 2015, p. 15 ; D 2016, p. 848, note I. Najjar ; M. Poumarède et D. Savouré, *Les avant-contrats*, Dr. et patrimoine 2016, n° 262, p. 39 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 56 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 210.

⁴ Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 22 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122.152 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larrribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1100.

⁵ M. Mekki, *Les contrats préparatoires, principes et clauses contractuelles*, JCP N 2016, n° 1112 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 218 ; Rapport AN, n° 429, 29 nov. 2017 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 75 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122.152.

⁶ Y. Buffelan-Lanore et V. Larrribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1100.

force obligatoire et son corrélat d'irrévocabilité unilatérale du contrat, et il est illogique de vouloir sanctionner la révocation de la promesse pour rétablir sa force obligatoire alors que cette promesse est anéantie.

Par ailleurs, si la volonté du promettant de révoquer la promesse est efficace, les idées selon lesquelles l'alinéa 2 sanctionne cette révocation par une conclusion forcée du contrat, ou une exécution forcée du contrat promis, sont contradictoires et irrespectueuses de la liberté contractuelle. En effet, le consentement du promettant a alors disparu avec la révocation de la promesse, donc il est impossible de forcer la conclusion du contrat promis, qui résulte de la rencontre du consentement du promettant et de celui du bénéficiaire contenu dans la levée d'option. De même, il est impossible de forcer l'exécution du contrat promis. D'ailleurs, ce forçage de la conclusion du contrat promis est d'autant plus impossible que la promesse a disparu et n'est donc plus susceptible d'exécution forcée. Pour les mêmes raisons, l'interprétation de l'alinéa 2 comme une exécution forcée du contrat promis est illogique.

571. L'approbation avec inefficacité de la volonté de révoquer. Selon une seconde interprétation de l'expression de révocation de la promesse présente à l'alinéa 2 de l'article 1124, ce dernier désigne la volonté du promettant de révoquer la promesse, sans reconnaître son efficacité.

Or, une minorité doctrinale retient que l'alinéa 2 consacre l'inefficacité de la révocation¹, ou les caractères inefficace et fautif de cette dernière². En particulier M. Molfessis étudie précisément cette rétractation du promettant, qu'il estime être un acte juridique « qui vise à annihiler les effets d'un acte juridique préexistant », dont il note « son absence de tout effet dans le cas où elle vient méconnaître l'engagement antérieurement pris par le promettant » ; autrement dit, selon lui l'acte juridique de rétractation, « est illicite », « la rétractation n'est tout simplement pas possible », « elle ne peut exister », « plus radicalement, elle ne peut avoir lieu »¹. Or, selon nous la bonne solution part de l'irrévocabilité unilatérale du contrat et d'une définition précise de la révocation du contrat. En effet, l'irrévocabilité unilatérale du contrat, aujourd'hui consacrée à l'article 1193 du Code civil, implique qu'un contrat ne peut être révoqué que par la rencontre des volontés de chacune des parties à ce contrat, de produire un

¹ P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, n° 26 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 259 et p. 228 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 53 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 99 ; RTD civ. 2019, p. 317, chron. H. Barbier ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 246 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 86 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 163 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 60 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 235.

² N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, p. 62.

effet juridique d'anéantissement du contrat. Aussi, lorsque le promettant manifeste une volonté de révoquer la promesse unilatérale, il manifeste une volonté de produire un effet juridique d'anéantissement de cette promesse unilatérale. Cependant, seule, cette volonté ne peut produire cet effet juridique : la promesse unilatérale de contrat survit à la manifestation de cette volonté avec le consentement du promettant contenu en elle, si bien que ce dernier peut rencontrer celui du bénéficiaire, manifesté lors de la levée d'option. Dès lors, cet alinéa 2 n'est qu'une application de l'irrévocabilité unilatérale du contrat à la promesse unilatérale. Aussi, contrairement à l'idée de M. Molfessis, l'effet juridique de la rétractation n'est pas annihilé et la manifestation de volonté du promettant de produire un effet juridique d'anéantissement de la promesse n'est pas une violation de la promesse car cette volonté ne produit pas seule cet effet juridique, qui ne peut être produit que lorsque le bénéficiaire manifeste la même volonté de produire un effet juridique d'anéantissement de la promesse. En conséquence, avec l'inefficacité de la volonté du promettant de révoquer la promesse, il n'y a pas lieu de retenir les idées doctrinales selon lesquelles cet alinéa 2 réputerait conclu le contrat promis, ou sanctionnerait cette manifestation de volonté par une exécution en nature de la promesse, par la formation ou par l'exécution forcée du contrat promis : la promesse persiste avec le consentement en elle, lequel peut rencontrer celui du bénéficiaire lors de la levée d'option afin de former le contrat promis.

572. La désapprobation marginale. Mme Fabre-Magnan approuvait la jurisprudence initiée le 15 décembre 1993 et désapprouve logiquement sa condamnation par l'alinéa 2 de l'article 1124². Dans un premier temps, comme M. Mainguy³, Mme Fabre-Magnan conteste la possibilité de la conclusion d'une promesse unilatérale de contrat contenant un consentement. Or, nous avons rejeté de cette critique réalisée lors de l'analyse des définitions de la promesse unilatérale. Dans un second temps, Mme Fabre-Magnan critique l'alinéa 2 de l'article 1124. D'abord, selon elle, le principe constitutionnel de liberté contractuelle signifie que, jusqu'à la rencontre des consentements, chacune des parties doit être libre de conclure ou de ne pas conclure. Mais la liberté contractuelle est la liberté, d'une part, de manifester ou de ne pas manifester un consentement à un contrat, et d'autre part, de déterminer à la fois le contenu et

¹ JCP G n° 16, 22 avr. 2019, 418, note N. Molfessis.

² M. Fabre-Magnan, *De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente*, D. 2015, p. 826 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 4^e éd., 2016, n° 249 et 251 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 5^e éd., 2019, n° 396 et 397 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 398 et s.

³ D. Mainguy, *Promesse unilatérale et pacte de préférence : des définitions inopérantes*, Dr. et. patr., 2014, n° 240.

la forme de ce consentement et de ce contrat. Inversement, elle n'est pas la liberté de révoquer un consentement jusqu'à la conclusion du contrat.

Ensuite, elle considère que le consentement du promettant au contrat promis n'est pas donné librement lorsque celui-ci est requis au moment de la levée d'option. Néanmoins, la liberté du promettant de manifester son consentement au contrat promis ne s'apprécie pas lors de la levée d'option, elle s'apprécie lors de la conclusion de la promesse unilatérale de contrat : à ce moment-là, ce consentement est donné librement.

De plus, elle prétend qu'il est impossible de considérer que la promesse unilatérale de contrat contient irrévocablement et définitivement le consentement par application de l'irrévocabilité unilatérale du contrat. Par ailleurs, pour elle, certes le promettant est débiteur d'une obligation de consentir, mais puisque cette dernière est la plus personnelle, il ne peut exister de maintien forcé du consentement par conclusion forcée et exécution forcée. En outre, Mme Fabre-Magnan considère qu'il n'existe que deux sanctions envisageables pour la révocation de la promesse, à savoir les dommages-intérêts et l'exécution forcée du contrat promis et qu'il est impossible de sanctionner la révocation de la promesse unilatérale de vente par un transfert forcé de propriété. Or, le principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat commande l'inefficacité de la volonté du promettant de révoquer la promesse, que l'alinéa 2 de l'article 1124 reconnaît implicitement en affirmant que la révocation de la promesse n'empêche pas la formation du contrat promis. Dès lors, il n'y a aucune conclusion forcée : le consentement du promettant a été manifesté librement. De même, il n'y a aucune exécution forcée de la promesse, qui est exécutée normalement. Par suite, son postulat de l'existence de deux sanctions est erroné. Ainsi, la promesse survit à cette volonté du promettant de la révoquer, donc le consentement du promettant au contrat promis peut former ce dernier lorsqu'il rencontre celui du bénéficiaire manifesté par levée d'option, et le bénéficiaire peut demander l'exécution forcée du contrat promis et formé, non sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 1124 pour sanctionner la révocation de la promesse, mais sur le fondement des articles 1221 et 1222 du Code civil pour sanctionner l'inexécution de ce contrat promis.

Enfin, elle reconnaît que la révocation de la promesse est sanctionnable par des dommages-intérêts modulables. Néanmoins, si la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement est impossible et contraire à la liberté contractuelle, elle devrait être nulle et de nul effet, sans possibilité de sanctionner son inexécution par des dommages-intérêts, lesquels ne sont pas modulables mais doivent réparer intégralement le préjudice subi.

Ainsi, même si l’alinéa 2 de l’article 1124 est très majoritairement approuvé, il présente le défaut de ne pas mentionner son fondement technique, ce qui est dangereux face à sa critique minoritaire, laquelle a fait l’objet d’une question prioritaire de constitutionnalité non transmise au Conseil constitutionnel par un arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 2019¹. Parallèlement, son application pose des difficultés.

2. L’application de l’alinéa 2 de l’article 1124

573. La date de la promesse. La difficulté majeure concernait l’application de cet alinéa 2 de l’article 1124 dans le temps. Initialement, l’article 9 de l’ordonnance du 10 février 2016 indiquait que cette dernière s’appliquait aux contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2016 et que les contrats conclus avant cette date demeuraient soumis à la loi ancienne, ce qui était conforme aux règles classiques d’application temporelle du droit des contrats. Or, des auteurs avaient envisagé une application de cet alinéa 2 aux révocations intervenant après le 1^{er} octobre 2016, de contrats conclus avant cette date, en les saisissant comme effets légaux², ou en considérant que la jurisprudence initiée en 1993 n’était pas une loi ancienne³. Cependant, la loi de ratification de l’ordonnance précitée, du 20 avril 2018, modifia l’article 9 de cette dernière pour préciser que la survie de la loi ancienne englobait les effets légaux des contrats et les dispositions d’ordre public. Or, au contraire de la chambre sociale, la troisième chambre civile confirma la jurisprudence de 1993 jusqu’à un revirement de juin 2021. D’abord, l’arrêt inédit de la troisième chambre civile du 13 juillet 2017, reprit la jurisprudence initiée en 1993 en censurant un arrêt ayant reconnu la formation d’une vente par levée d’option postérieure à la révocation de la promesse⁴. Ensuite, les deux arrêts publiés de la chambre sociale du 21 septembre 2017 adoptèrent pour les contrats de travail conclus avant l’entrée en vigueur de l’ordonnance du 10 février 2016, des règles identiques à celles de l’article 1124 créé par cette dernière qu’ils citèrent sans l’appliquer⁵. Ainsi, ces arrêts rompirent avec la jurisprudence antérieure de la chambre sociale, qui jugeait de façon constante que la promesse d’embauche précisant l’emploi proposé

¹ Cass. 3^e civ., 17 oct. 2019, n° 19-40.028 : JCP G 2019, doct. 1308, n° 50, note D. Houtcieff ; RTD civ. 2019, 851, note H. Barbier ; RDC 2020, n° 116, p. 20, note S. Pellet ; F. Cohet, AJDI 2020, p. 386 ; JCP G 2020, 446, note I. Najjar.

² Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l’ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 23.

³ H. Le Nabasque, *Les avant-contrats*, Bull. Joly Sociétés 2016, p. 518.

⁴ Cass. 3^e civ., 13 juill. 2017, n° 16-17.625, inédit : RDC 2017, p. 619, P. Chauviré.

⁵ Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103 et 16-20.104 : Bull. n° 2063 ; Dalloz actu. 11 oct. 2017, J. Siro ; D. 2017, p. 2007, note D. Mazeaud ; D. 2017, p. 2289, note B. Bauduin et J. Dubarry ; JS 2017, n° 180, p. 8, obs. X. Aumeran ; Rev. trav. 2017, p. 715, note L. Bento de Carvalho ; RTD civ. 2017, p. 837, note H. Barbier ; AJ Contrat 2017, p. 480, note C.-E. Bucher ; RDC 2017, p. 619, note P. Chauviré ; RJDA 2017, p. 899, note D. Mainguy ; JCP G 2017, doct. 1238, N. Molfessis ; Droit social 2018, p. 170, note R. Vatinet ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2018, n° 1104 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 4^e éd., 2018, n° 209-3.

et la date d'entrée en fonction valait contrat de travail, sans distinguer clairement offre et promesse unilatérale de contrat de travail et sans prendre en compte le consentement du destinataire de la promesse¹. Pour autant, aucune référence à l'ordonnance de 2016 ne s'imposait puisque le droit des contrats antérieur comportait clairement la distinction de l'offre et de la promesse unilatérale, n'exigeait pas d'interprétation et s'appliquait en l'absence de règles propres au contrat travail.

Par ailleurs, par un arrêt inédit du 6 décembre 2018, la troisième chambre civile confirma sa jurisprudence initiée en 1993 pour les promesses unilatérales de contrat conclues avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016². Néanmoins, par un arrêt du 23 juin 2021 statuant sur un pourvoi formé contre l'arrêt d'appel rendu sur renvoi de l'arrêt du 6 décembre 2018, elle a opéré un revirement³. Pour débiter son raisonnement cet arrêt précise qu'à la différence de la simple offre de vente, la promesse unilatérale de vente est un avant-contrat qui contient, outre le consentement du vendeur, les éléments essentiels du contrat définitif qui serviront à l'exercice de la faculté d'option du bénéficiaire. Or, l'affirmation est maladroite et insuffisante : la promesse unilatérale de l'article 1124 contient le consentement complet au contrat promis, lequel consentement comporte les effets abstraits et éléments concrets essentiels à la complétude ; mais cela ne la distingue pas de l'offre qui contient aussi un consentement complet, car ce qui la distingue de l'offre ne contenant que son effet essentiel de conclusion est sa nature de contrat et la présence d'une obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant. Puis, l'arrêt rappelle la possibilité en vertu de l'ancien article 1142 d'obtenir l'exécution forcée d'une convention quelle que soit la nature de l'obligation. Ainsi, il affirme qu'il convient dès lors d'apprécier différemment la portée juridique de l'engagement du promettant signataire d'une promesse unilatérale de vente et de retenir que celui-ci s'oblige définitivement à vendre dès la conclusion de l'avant-contrat, sans possibilité de rétractation, sauf stipulation contraire. Néanmoins, l'évocation d'une obligation de vendre est imprécise puisque la nature et l'objet de celle-ci sont indéterminés. Surtout, la

¹ Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.951 : Bull. civ. IV, n° 296 ; RDT 2011, p. 108, obs. G. Auzero ; JCP S 2011, 1104, obs. C. Puigelier ; JCP G 2011, act. 19, N. Dedessus-Le-Moustier ; RDC 2011, p. 804, note T. Genicon ; JCP E 2011, 1272, note G. François ; Gaz. Pal. 2011, n° 97, p. 17, note D. Houtcieff ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 149-1 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 821 ; Cass. soc., 12 juin 2014, n° 13-14.258 : Bull. civ. V, n° 138 ; D. 2015, pan. 829, obs. J. Porta.

² Cass. 3^e civ., 6 déc. 2018, n° 17-21.170 et 17-21.171, inédit : Dalloz 2019, p. 279, chron. M. Mekki ; D. 2019, p. 298, avis P. Brun ; D. 2019, p. 301, note M. Mekki ; AJ Contrat 2019, p. 94, note. D. Houtcieff ; RTD com. 2019, p. 398, chron. A. Lecourt ; RTD civ. 2019, p. 317, chron. H. Barbier ; RDC 2019, p. 22, note Y.-M. Laithier ; Gaz. Pal. 9 avr. 2019, p. 20, obs. D. Houtcieff ; Contrats, conc. consom. 2019, n° 3, mars 2019, comm. 39, L. Leveneur ; JCP G 2019, 418, note N. Molfessis ; JCP E 2019, 1109, com. D. Mainguy ; Dr. sociétés, 2019, repère 4, J. Heinich.

³ Cass. 3^e civ., 23 juin 2021, n° 20-17.554.

mention de la possibilité d'une exécution forcée n'est pas le fondement adapté. En effet, il fallait raisonner simplement avec le principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat, rendant inefficace la volonté seule du promettant de révoquer la promesse unilatérale de contrat contenant son consentement, si bien que ce dernier avait rencontré celui du bénéficiaire lors de la levée d'option dans le délai imparti et formé la vente, sans aucune mise en œuvre d'une exécution forcée de la promesse. Dès lors, les arguments évoqués ne justifient pas le revirement. À l'analyse, si l'alinéa 2 de l'article 1124 avait indiqué son fondement, qui est l'inefficacité de la volonté unilatérale de révoquer la promesse unilatérale contenant un consentement, ce revirement aurait été bien motivé, mais le rapport sur l'ordonnance de 2016 affirme que cet alinéa 2 est fondé sur une exécution forcée et les juges ont repris cette idée.

574. La date de la volonté de révoquer. L'alinéa 2 de l'article 1124 affirme que la révocation de la promesse unilatérale de contrat n'empêche pas la formation du contrat promis, « pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ». Or, si la volonté du promettant de révoquer la promesse unilatérale est manifestée avant le temps laissé au bénéficiaire pour opter, lorsque ce temps ne court pas à compter de la conclusion, elle est en dehors du champ de l'alinéa 2 de l'article 1124 interprété littéralement. Cependant, en évoquant « le temps laissé au bénéficiaire pour opter », l'ordonnance de 2016 a visé le temps durant lequel la promesse unilatérale de contrat existe lorsque celle-ci est à durée déterminée. Aussi, l'interprétation téléologique doit l'emporter, comme cela a été affirmé¹.

575. La clause d'exécution forcée. Selon certains auteurs, la clause d'exécution forcée de la promesse unilatérale de contrat conserverait son intérêt dans divers domaines². Mais, après la réforme, comme avant, le seul fondement technique pertinent face à la volonté du promettant de révoquer la promesse unilatérale est l'irrévocabilité unilatérale du contrat : l'exécution forcée en nature de la promesse est inutile et impossible face à cette volonté, qui est inefficace, de sorte que la levée d'option forme le contrat promis.

576. La clause de révocation unilatérale. Diverses sources se sont prononcées pour la possibilité d'insérer dans la promesse unilatérale, soit une clause permettant au promettant de révoquer unilatéralement la promesse contre paiement d'une somme d'argent ou à titre

¹ H. Le Nabasque, *Les avant-contrats*, Bull. Joly Sociétés 2016, p. 518 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 185 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122.152 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 86 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 235.

² AJDI 2016 p. 324, F. Cohet ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 76 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122.153 ; D. 2019, p. 301, note M. Mekki ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 86.

gratuit, soit une clause écartant l'exécution forcée prévue par l'alinéa 2 de l'article 1124, qui est supplétif de volonté, au profit de dommages-intérêts¹. En particulier, il fut soutenu qu'avec ce type de clause, la promesse unilatérale de contrat doit être requalifiée².

Cependant, l'article 1124 alinéa 2 s'explique exclusivement par l'irrévocabilité unilatérale du contrat, rendant inefficace la volonté du promettant de révoquer la promesse. Par suite, il ne prévoit pas d'exécution forcée de la promesse ou de conclusion forcée, donc il est impossible techniquement de recourir à une clause écartant l'exécution forcée de la promesse.

En revanche, il est possible de recourir à une clause permettant au promettant de révoquer unilatéralement la promesse unilatérale de contrat, contre le paiement d'une somme suffisamment élevée et qui ne peut avoir la nature de dommages-intérêts réparant un préjudice, car il est contradictoire de prévoir l'efficacité de la volonté du promettant de révoquer unilatéralement la promesse unilatérale et de saisir cette volonté comme une faute contractuelle. D'une part, cette promesse unilatérale de contrat ne doit pas être requalifiée, car elle contient bien ses effets essentiels, qui sont l'effet de conclusion attaché au consentement du promettant présent en elle et une obligation de ne pas l'anéantir, seule à même d'interdire de rendre la promesse unilatérale caduque. D'autre part, des auteurs écartant toute obligation à la charge du promettant ont paradoxalement considéré qu'une clause permettant à ce dernier de révoquer unilatéralement la promesse unilatérale contre une somme dérisoire, peut être réputée non écrite sur le fondement de l'article 1170 du Code civil, qui dispose que toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite³. En réalité, cette possibilité d'une révocation unilatérale de la promesse sans paiement d'une somme, ou contre le paiement d'une somme faible, doit être considérée comme privant de sa substance l'obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant, ce qui montre l'importance de cette obligation, sans laquelle cet article est inapplicable.

577. La clause pénale. L'insertion d'une clause pénale dans la promesse unilatérale de

¹ P. Puig, *La phase précontractuelle*, Dr. et patr. n° 258, mai 2016, p. 52 ; D. Mainguy, *Promesse unilatérale et pacte de préférence : des définitions inopérantes*, Dr. et patr., 2014, n° 240 ; M. Mekki, *Les contrats préparatoires, principes et clauses contractuelles*, JCP N 2016, n° 1112 ; M. Poumarède et D. Savouré, *Les avant-contrats*, Dr. et patr. 2016, n° 262, p. 39 ; Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 23 ; H. Le Nabasque, *Les avant-contrats*, Bull. Joly Sociétés 2016, p. 518 ; F. Chénéde et O. Herrnberger, *Les avant-contrats*, JCP N 2017, n° 17, 1164 ; Rapp. Sénat n° 22, 2017-2018, 11 oct. 2017 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122.153 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 76 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 54 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 99 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 241 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 56 et 86 ; Cass. 3^e civ., 23 juin 2021, n° 20-17.554 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 210.

² C. Gijssbers, *Négociateur, promettre et vendre l'immeuble après l'ordonnance du 10 février 2016*, Bull. Cridon Paris, sept. 2016, p. 4 et s.

³ N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, p. 63.

contrat est encore défendue depuis la réforme de 2016¹. Néanmoins, cette clause pénale est la sanction de l'inexécution de la promesse unilatérale prévue contractuellement. Or, deux situations sont envisageables. En principe, l'irrévocabilité unilatérale du contrat n'est pas écartée par les parties qui ne prévoient pas de clause permettant au promettant de révoquer unilatéralement la promesse : la volonté du promettant de révoquer sa promesse est alors inefficace et ne constitue pas une inexécution de la promesse, de sorte qu'une clause pénale n'a pas lieu d'être. Inversement, les parties peuvent prévoir une clause permettant au promettant de révoquer unilatéralement la promesse : la volonté du promettant est alors efficace et ne constitue pas non plus l'inexécution de la promesse, puisque cette révocation est autorisée par celle-ci, si bien qu'une clause pénale n'aurait pas plus de sens ici.

L'alinéa 2 de l'article 1124 traite donc de la volonté du promettant d'anéantir la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement ; sa solution peut s'appliquer à la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements. Parallèlement, l'alinéa 3 de cet article régit la violation de la promesse par la conclusion d'un contrat avec un tiers.

II. La violation de la promesse unilatérale avec un tiers

578. Avant l'ordonnance du 10 février 2016, il existait une très forte hétérogénéité dans les règles régissant la conclusion par le promettant et un tiers d'un contrat en violation de la promesse unilatérale (A), mais cette ordonnance a consacré la nullité de ce contrat à l'alinéa 3 de l'article 1124 lorsque le tiers connaît l'existence de la promesse (B).

A. La violation avec un tiers de la promesse unilatérale formée avant la réforme de 2016

579. Il faut analyser les sources se prononçant sur la violation de la promesse unilatérale avec un tiers avant l'ordonnance de 2016 (1), puis proposer des solutions (2).

1. Les solutions existantes pour la violation de la promesse avec un tiers avant la réforme

580. Les solutions générales. Depuis 1804, de rares sources ne distinguaient pas selon que le tiers connaissait ou non la promesse unilatérale et considéraient que lorsque le promettant aliénait le bien objet d'une obligation du contrat promis, ou le grevait de droits réels, le bénéficiaire pouvait seulement demander des dommages-intérêts sans préciser leur fondement juridique². Cependant, les sources majoritaires distinguaient deux cas.

¹ D. Mainguy, *Promesse unilatérale et pacte de préférence : des définitions inopérantes*, Dr. et. patr., 2014, n° 240 ; M. Mekki, *Les contrats préparatoires, principes et clauses contractuelles*, JCP N 2016, n° 1112 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122.153 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 86 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V° Avant-contrat, Fasc. 30, Promesse de vente, Effets et cession*, 2021, n° 82 et s.

² J.-H. Vachon, *De la promesse de vendre et des arrhes*, th. Paris, 1851, p. 31 ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 24, 4^e éd. 1884, n°

Dans le premier cas, le tiers n'avait pas eu connaissance de la promesse unilatérale : selon la doctrine seuls des dommages-intérêts devaient être versés, sans précision de leur fondement, ou sur le fondement des anciens articles 1142 et 1146 du Code civil¹.

Dans le second cas visé, le tiers connaissait la promesse unilatérale de contrat : la nullité de l'aliénation ou de la constitution de droit réel était possible sans précision de fondement², ou sur les fondements de l'action paulienne, de la responsabilité délictuelle, de la cause illicite, de la règle *fraus omnia corrumpit* ou de l'exécution forcée³.

Primo, l'action paulienne n'était pas adaptée ici, puisqu'elle permet d'obtenir une inopposabilité d'un acte frauduleux du débiteur causant un appauvrissement caractérisé, alors qu'ici le bénéficiaire souhaitait l'anéantissement de l'acte rendant caduque la promesse unilatérale, sans qu'il ne fût toujours possible de prouver une fraude et un appauvrissement⁴.

Secundo, l'acte du promettant rendant caduque la promesse unilatérale ne pouvait être saisi comme faute délictuelle puisqu'il était l'inexécution d'une obligation, donc une faute contractuelle. Parallèlement, si la participation du tiers à la violation de la promesse pouvait

16 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 12, *De la vente et de l'échange*, 1900, n° 67 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 2^e éd., 1902, n° 1403 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 5, 5^e éd., 1907, § 349, p. 6 ; M. Benoist, *Des constructions élevées par un preneur avec promesse de vente*, th. Paris, 1911, p. 12 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 268 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 193.

¹ R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 137 et s. ; É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 121 et s. ; H. Boulard, *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Paris, 1927, p. 90 et s. ; H. Boulard, *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Paris, 1927, p. 90 et s. ; D. P. 1929, 1, p. 131 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 514 ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 52 et s. ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 162 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 920 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, janv. 2011, n° 105.

² É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 121 et s. ; Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1960 : Bull. civ. I, n° 15 ; D. 1994, p. 507, note F. Bénac-Schmidt ; D. 1994, somm. p. 230, obs. O. Tournafond ; JCP N 1995, I, 194, obs. A. Terrasson de Fougères ; JCP 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, janv. 2011, n° 105 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 93 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 208.

³ R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907, p. 137 et s. ; R. Lévrier, *Contribution à l'étude des promesses de vente*, th. Bordeaux, 1920, p. 151 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 77 ; P. Meurisse, *La promesse unilatérale de vente et la rescision pour cause de lésion*, th. Paris, 1925, p. 12 ; H. Boulard, *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Paris, 1927, p. 90 et s. ; H. Boyer, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1931, p. 95 et s. ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 514 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 136 et s. ; J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938, p. 113 ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 52 et s. ; P. Delomez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 151 et s. ; C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958, p. 212 et s. ; 62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964, p. 377 et s. ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 234 et s. ; Cass. 3^e civ., 10 mai 1972, n° 71-11.520 : Bull. civ. III, n° 300 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, p. 302 et s. ; Cass. 3^e civ., 8 juill. 1975, n° 70-13.755 : Bull. civ. III, n° 249 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 166 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 528 et 531 ; Cass. 3^e civ., 10 nov. 1982, n° 81-13.408 : Bull. civ. III, n° 221 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 392 et s. ; RJDA 1996, p. 636, D. Pronier ; D. Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter*, RTD civ. 2004, p. 1 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 448 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 126-120.

⁴ D. P. 1908, 2, p. 149 ; D. P. 1929, 1, p. 131 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 164 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 392 et s. ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 925.

être saisie comme une faute délictuelle, l'obligation de réparation ne pouvait être exécutée sous forme d'un anéantissement de l'acte violant la promesse, car la responsabilité délictuelle crée une obligation de réparation des conséquences dommageables d'une faute et ne s'attaque pas à l'existence de la faute comme le fait l'exécution forcée d'une obligation.

Tertio, des auteurs affirmèrent justement que l'adage *fraus omnia corrumpit* était insatisfaisant, en raison de son absence de fondement textuel, de son imprécision dans les définitions de la fraude et de la sanction¹, et de son cantonnement à la fraude à la loi².

Quarto, était peu répandue l'idée de Boulanger, selon laquelle le mobile du promettant et du tiers était une cause illicite au sens de l'ancien article 1131 du Code civil, car leur but était de faire échec à la promesse unilatérale³. En effet, des auteurs rejetaient cette nullité pour mobile illicite, soit parce que celle-ci était limitée à l'époque aux cas dans lesquels toutes les parties connaissaient celui-ci⁴, soit en raison du fait que ce mobile de violation de la promesse unilatérale n'était pas déterminant⁵. Or, la condition de connaissance de la promesse par le tiers ne posait plus problème ici depuis l'arrêt Malvezin de 1998⁶, selon lequel un contrat pouvait être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'avait pas eu connaissance de ce mobile. Symétriquement, le promettant avait nécessairement un mobile illicite lors de la conclusion d'un contrat avec un tiers, en ce que ce mobile était contraire à l'ancien article 1134 du Code civil, fondant la force obligatoire de la promesse.

581. Les précisions ponctuelles. Certaines sources traitèrent de points particuliers.

D'abord, la constitution d'hypothèque par un tiers sur un immeuble concerné par une promesse de vente fut vue comme une violation de cette dernière⁷, à tort, car elle ne rendait pas cette dernière caduque par inexécution de l'obligation de ne pas anéantir le consentement. Ensuite, la vente de la totalité du bien, dont une partie est concernée par une promesse

¹ D. P. 1929, 1, p. 131 ; H. Boyer, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1931, p. 106 ; P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936, p. 136 et s. ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 52 et s. ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 234 et s.

² M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 926.

³ J. Boulanger, *Conflits entre droits qui ne sont pas soumis à publicité*, RTD civ. 1935, 545.

⁴ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 528.

⁵ F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 392 et s.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998, n° 96-14.359 : Bull. civ., I, n° 285 ; D. 1998, 563, concl. J. Sainte-Rose ; D. 1999, somm. 110, obs. P. Delebecque ; Defrénois, 1998, p. 1408, obs. D. Mazeaud ; Defrénois, 1999, p. 602, note V. Chariot ; JCP, 1998, II, 10202, note M.-H. Maleville ; JCP, 1999, I, 114, n° 1 et s., obs. C. Jamin ; Gaz. Pal., 2000, 1, 643, note F. Chabas ; Contrats, conc. Consom., 1999, n° 1, note L. Leveneur ; LPA, 5 mars 1999, note S. Prieur ; D. 1999, chron. 237, O. Tournafond.

⁷ Cass. civ., 10 avr. 1948 : D. 1948, p. 421, note M. Lenoan ; JCP 1948, 2, 4403, note E. Becqué ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 519 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 920 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, janv. 2011, n° 105 ; D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl Notarial Formulaire, V° Avant-contrat, Fasc. 30, Promesse de vente, Effets et cession*, 2021, n° 7.

unilatérale de vente, ne fut pas saisie comme une violation¹, au contraire de l'apport en société d'un bien concerné par cette promesse². Néanmoins, cette promesse a pour condition de validité, l'exigence de la propriété de la chose par le promettant, dont la disparition, par la vente ou l'apport de tout ou partie de ce bien, entraîne sa caducité et viole l'obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant, qu'il s'agisse d'un corps certain, ou d'une chose de genre.

Enfin, la promesse unilatérale de vente d'une chose n'interdisait pas au promettant de louer cette chose selon un auteur³. Certes, la location du bien concerné par une promesse unilatérale de contrat contenant un consentement ne faisait pas disparaître la condition de validité de cette promesse, exigeant la propriété de la chose par le promettant, donc elle ne rendait pas la promesse caduque. En revanche, la location de ce bien pouvait être vue comme une cause de perte de valeur ou d'intérêt du bien et engager la responsabilité contractuelle du promettant, puisque l'ancien article 1135 du Code civil affirmait qu'une obligation contractuelle engageait à toutes les suites imposées notamment par la loi ou l'équité, laquelle commandait ici l'absence de location faisant perdre de l'intérêt à ce bien.

Ainsi, pour les promesses antérieures à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, les sources doctrinales et jurisprudentielles proposaient des solutions très diverses qui généralement n'emportent pas l'adhésion ; aussi faut-il en proposer d'autres.

2. Les solutions proposées pour la violation de la promesse avec un tiers avant la réforme

582. L'identification des violations avec un tiers. L'intérêt fondamental de la création d'une obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant contenu dans la promesse unilatérale était d'interdire de rendre cette dernière caduque par un acte matériel ou juridique. En pratique, pour les promesses unilatérales de contrat relatif à une chose, les contrats translatifs de propriété de cette chose faisaient perdre au promettant la propriété de la chose, qui était une condition de validité de la promesse, si le promettant ne pouvait pas avoir dans son patrimoine une chose identique à celle dont la propriété était transférée, ce qui entraînait la caducité de la promesse et donc la violation de l'obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant. Concrètement, ces contrats sont ceux de disposition de tout ou partie de cette chose, à titre gratuit, comme une donation, ou à titre onéreux, comme une

¹ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 519.

² J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 519 et 528 ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 902.

³ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 519.

vente, un échange ou un apport en société. En revanche, la constitution d'une sûreté réelle sans transfert de propriété sur la chose concernée par la promesse, ainsi que la création d'un droit personnel sur la chose par un contrat, comme un bail, n'entraînaient pas sa caducité faute de disparition d'une condition d'existence ou de validité de la promesse.

583. L'exécution forcée. À la veille de l'ordonnance de 2016, l'exécution forcée en nature de l'obligation de ne pas faire était de droit sur le fondement de l'ancien article 1143 du Code civil¹, en ce sens que le juge était obligé de prononcer cette exécution forcée², constituant le principe³. En effet, cette exécution forcée d'une obligation de ne pas faire s'attaque à l'existence de l'inexécution, c'est-à-dire à l'acte réalisé en violation d'une obligation de ne pas faire. Par conséquent, elle était et reste logiquement le fondement juridique permettant d'anéantir le contrat conclu en violation de l'obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant, contenue dans une promesse unilatérale contenant un consentement conclue avant le 1^{er} octobre 2016. Pourtant, ce fondement n'était guère évoqué par la doctrine au titre de cette promesse unilatérale. Par ailleurs, cela limitait l'utilisation de cet article 1143 aux cas dans lesquels le tiers connaissait l'existence de la promesse unilatérale de contrat⁴.

584. L'illicéité du mobile. La cause de l'acte juridique était avant la réforme de 2016 son mobile et ne devait pas être illicite en vertu des anciens articles 1131 et 1133 du Code de 1804. Depuis l'arrêt Malvezin de 1998⁵, avait disparu l'exigence de connaissance du mobile d'une partie par l'autre partie au contrat afin que fût prononcée la nullité pour cause illicite. Cependant, l'illicéité du mobile d'une partie n'entraînait la nullité du contrat que si celui-ci était le motif impulsif et déterminant de cette partie⁶, apprécié souverainement par le juge qui

¹ R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 473 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 1129 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 288.

² F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 1115 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 886 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 864.

³ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 935 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 296 et 1214 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 69.

⁴ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 115.

⁵ Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998, n° 96-14.359 : Bull. civ., I, n° 285 ; D. 1998, 563, concl. J. Sainte-Rose ; D. 1999, somm. 110, obs. P. Delebecque ; Defrénois, 1998, p. 1408, obs. D. Mazeaud ; Defrénois, 1999, p. 602, note V. Chariot ; JCP, 1998, II, 10202, note M.-H. Maleville ; JCP, 1999, I, 114, n° 1 et s., obs. C. Jamin ; Gaz. Pal., 2000, I, 643, note F. Chabas ; Contrats, conc. Consom., 1999, n° 1, note L. Leveneur ; LPA, 5 mars 1999, note S. Prieur - D. 1999, chron. 237, O. Tournafond.

⁶ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 446 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 366 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 268 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 190 et s. ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 491 ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 287 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 626 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 470 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 178.

choisissait parmi les mobiles celui qui était illicite et l'estimait être impulsif et déterminant¹. Or, le contrat conclu par le promettant avec un tiers en violation de la promesse unilatérale de contrat avait nécessairement un mobile illicite, puisqu'il était motivé par la volonté de ne pas respecter cette promesse, ce qui violait le principe de force obligatoire du contrat, de l'ancien article 1134 du Code civil. En pratique, ce motif de violation de la promesse était clairement impulsif et déterminant lorsque la conclusion du contrat avec un tiers était destinée exclusivement à ne pas respecter la promesse, comme une donation à un parent du bien concerné par une promesse de vente afin d'éviter sa vente. Toutefois, souvent la conclusion du contrat avec un tiers en violation de la promesse était motivée par des raisons pécuniaires, lesquelles étaient pourtant indissociables de la volonté de violer la promesse, puisque le but du promettant était de gagner plus. Dès lors, dans les cas d'un tiers connaissant l'existence de la promesse unilatérale de contrat, comme dans les hypothèses d'un tiers ne la connaissant pas, il était possible pour le bénéficiaire d'invoquer l'illicéité du mobile du promettant lors de la conclusion du contrat avec un tiers en violation de la promesse, pour obtenir l'annulation de ce contrat ayant rendu caduque la promesse unilatérale et pour voir reconnaître la formation du contrat promis par une levée d'option intervenue dans les temps, ou pour pouvoir lever l'option dans les temps après. Néanmoins, les juges auraient probablement rejeté ce fondement contournant l'ancien article 1143.

585. La responsabilité. Lorsque le contrat conclu avec un tiers ne peut être annulé, le bénéficiaire de la promesse unilatérale contenant un consentement peut engager la responsabilité contractuelle du promettant afin d'obtenir réparation du préjudice subi. Néanmoins, les préjudices réparables sont rares en présence de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement. D'abord, la faute du promettant ne peut être la cause de dépenses antérieures à la conclusion du contrat. Ensuite, le fait de ne pas obtenir le gain inhérent à l'exécution du contrat promis n'est pas un préjudice certain, car la liberté contractuelle de lever l'option rend la conclusion du contrat promis purement éventuelle jusqu'à la levée d'option, donc l'exécution du contrat promis est aussi purement éventuelle jusqu'à cette levée d'option, si bien qu'il n'existe pas de perte éprouvée faute d'amoindrissement patrimonial, ou de gain manqué lequel suppose que la survenance du gain était normale alors que celle-ci était purement éventuelle. En outre, la chance d'obtenir la

¹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 366 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 881 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 268.

conclusion du contrat dépend du bénéficiaire jusqu'à la levée d'option, donc la chance d'obtenir le bénéfice inhérent à l'exécution du contrat est purement éventuelle jusqu'à cette levée si bien que la perte de cette chance n'est pas un préjudice certain. Enfin, les préjudices de déception et d'atteinte à la réputation sont réparables.

Ainsi, la violation avec un tiers des promesses unilatérales conclues avant la réforme de 2016 était sanctionnée de façon hétérogène ; pour celles formées après cette date, leur violation est sanctionnée par l'article 1124, alinéa 3 du Code civil.

B. La violation avec un tiers de la promesse unilatérale formée après la réforme de 2016

586. La violation d'une promesse unilatérale contenant un consentement avec un tiers est sanctionnée à l'alinéa 3 de l'article 1124 par la nullité du contrat conclu avec un tiers connaissant cette promesse (1), mais d'autres sanctions sont envisageables (2) ; or ces mesures s'appliquent à la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements.

1. La sanction de la violation de la promesse unilatérale avec un tiers par l'article 1124

587. La nature de la violation. L'article 1124 alinéa 3 du Code civil affirme que le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul, donc il ne contient pas de définition de cette violation. Or, nous n'adhérons pas à la définition doctrinale, quasi-unanime, de la promesse unilatérale de l'article 1124, selon laquelle celle-ci crée exclusivement un droit d'option. En effet, cette promesse unilatérale a selon nous pour effets essentiels, à la fois une obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant contenu en elle et un effet de conclusion produit par ce consentement. Plus précisément, seule une obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant interdit à ce dernier de faire disparaître son consentement en rendant la promesse caduque. De fait, un simple droit d'option, dont la nature juridique reste floue, n'interdit pas de réaliser un fait ou un acte juridique rendant la promesse caduque.

588. Le domaine de la violation. Les délimitations existantes du domaine de cette violation avec un tiers n'emportent pas notre adhésion.

De façon générale, la conclusion d'un contrat par le promettant avec un tiers viole l'obligation de ne pas anéantir le consentement contenu dans la promesse unilatérale, lorsqu'elle anéantit cette dernière et fait disparaître ce consentement. Or, la conclusion d'un contrat par le promettant avec un tiers ne peut pas être une révocation de la promesse, même si l'idée est

défendue¹, car cette révocation résulte d'une manifestation de volonté de produire un effet juridique d'anéantissement de la promesse. En revanche, la conclusion d'un contrat par le promettant avec un tiers rend la promesse caduque si elle fait disparaître une condition d'existence ou de validité de cette promesse. Ainsi, ce critère est plus précis que les propositions doctrinales selon lesquelles le contrat conclu avec un tiers viole la promesse s'il rend impossible², ou contraire³, l'exécution de la promesse et du contrat projeté.

En particulier, cette condition d'existence ou de validité de la promesse unilatérale, qui disparaît, est le plus souvent la propriété du promettant sur le bien, corps certain. Par exemple, la promesse unilatérale de vente d'un bien est caduque si le promettant conclut avec un tiers un contrat transférant la pleine propriété ou une partie de la propriété de tout ou partie de ce corps certain, comme la vente, la donation ou l'apport en société, si bien que celui-ci n'a plus d'exemplaire de ce dernier dans son patrimoine, ce qui fait disparaître la condition de propriété du promettant sur ce bien. Pourtant, cette caducité est critiquée⁴. En revanche, cette promesse unilatérale de vente d'un bien n'est pas caduque et violée par la conclusion d'un bail de ce bien avec un tiers ou par la constitution d'une sûreté sans transfert de propriété sur ce bien. Par ailleurs, la conclusion d'un contrat de prestation de service⁵, ne rend pas caduque la promesse unilatérale d'un tel contrat, sauf disparition d'une condition d'existence ou de validité de cette promesse l'empêchant d'être efficace.

589. La nature de la nullité. La nature juridique de la sanction prévue par l'alinéa 3 de l'article 1124 n'est guère étudiée. Plus précisément, contre le contrat conclu par le promettant avec un tiers qui a rendu la promesse caduque, le bénéficiaire n'a qu'un moyen s'il veut conclure le contrat promis malgré la manœuvre du promettant : obtenir l'anéantissement de ce contrat avec un tiers et l'effacement corrélatif de la caducité de la promesse. Or, l'exécution forcée en nature d'une obligation s'attaque à l'existence de son inexécution. Par conséquent, l'exécution forcée en nature d'une obligation de ne pas faire s'attaque à l'existence de l'acte commis en violation de cette obligation, pour l'anéantir. Dès lors, le fondement juridique qui s'impose logiquement ici pour justifier l'alinéa 3 de l'article 1124 du Code civil est l'exécution forcée en nature de l'obligation de ne pas anéantir le consentement

¹ M. Latina et G. Chantepie, ss dir., *Projet de réforme du droit des contrats, Analyses et propositions*, Dalloz, 2015, p. 15 ; M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 34.

² O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 189 et s.

³ C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 99.

⁴ M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 34 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 258.

⁵ M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 34 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier,

du promettant. Ce fondement est ponctuellement évoqué sans indication de l'existence d'une obligation de ne pas anéantir le consentement¹, ce qui ne peut emporter l'adhésion, car le mécanisme de l'exécution forcée suppose l'existence d'une obligation.

590. Les conditions de la nullité. Cette nullité comporte deux conditions.

D'abord, cette nullité est relative selon la doctrine, en ce sens qu'elle est réservée au bénéficiaire². Cependant, cette nullité n'est pas la sanction de l'irrespect d'une condition de validité du contrat conclu entre le promettant et un tiers. Inversement, c'est une exécution forcée en nature de l'obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant, donc il est logique qu'elle soit réservée au bénéficiaire, créancier de cette obligation.

Ensuite, cet alinéa 3 subordonne la nullité à la connaissance par le tiers de la promesse unilatérale de l'article 1124, ce qui est évoqué parfois par l'idée selon laquelle il doit être de mauvaise foi, ce qui est une expression floue à éviter.

Primo, cette exigence est approuvée³, mais parfois réservée aux contrats à titre onéreux⁴. Or, cette exigence inhérente à l'exécution forcée permet de préserver les intérêts du tiers n'ayant pas connu le fait que le contrat conclu était une violation d'une promesse unilatérale de contrat. Dès lors, il n'y a pas lieu de limiter cette exigence aux contrats à titre onéreux.

Secundo, la date pour apprécier la connaissance par le tiers serait l'acceptation selon des auteurs⁵. Néanmoins, il suffit que le tiers ait eu connaissance de la promesse à un moment antérieur à la formation du contrat avec le promettant. En effet, il doit suffire la connaissance par le tiers de cette promesse lorsque celui-ci fait une offre ou une acceptation de contrat avec le promettant, ou même après sa manifestation d'un consentement à ce contrat dès lors que celle-ci est antérieure à la formation de ce dernier, car le tiers peut toujours révoquer son consentement et il faut lui reprocher de ne pas l'avoir fait.

Tertio, la preuve de cette connaissance est libre en l'absence de règle contraire, par application de l'article 1358 du Code civil, consacrant la liberté de la preuve en droit civil.

Réforme du droit des contrats, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 189 et s.

¹ C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 268 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 398.

² G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 269 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 190 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 219 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 258 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 99 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 88.

³ M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 34 ; P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, n° 26 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 76.

⁴ M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 34.

⁵ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 190.

Par suite, cette preuve peut être établie par tout moyen, dont la présomption, ou le témoignage. Toutefois, en pratique cette preuve est difficile. À ce titre, la publication de la promesse unilatérale de vente au service de la publicité foncière ne permet pas d'établir la connaissance par le tiers¹, même si des auteurs soutiennent le contraire². En effet, cette publication permet de prouver que le tiers a eu cette connaissance s'il est prouvé qu'un document lui a été communiqué mentionnant la promesse, que ce document soit un contrat ou l'état réponse du service de publicité foncière. Aussi, le bénéficiaire a intérêt s'il connaît des échanges précontractuels entre le promettant et un tiers, à notifier à ce dernier la promesse.

Quarto, des auteurs soulignent l'absence d'exigence de connaissance par le tiers de la volonté du bénéficiaire de lever l'option³. Or, la preuve de cette connaissance serait difficile et surtout si le promettant manifeste son intention de se prévaloir de cette promesse, cela forme le contrat promis et la question de la violation de la promesse avec un tiers ne se pose plus.

Quinto, si des auteurs affirment qu'il est concevable de demander la nullité du contrat conclu entre le promettant et le tiers, sans manifestation de volonté du bénéficiaire de conclure le contrat promis⁴, d'autres soutiennent que l'alinéa 3 devrait exiger la manifestation de cette volonté de lever l'option par le bénéficiaire demandant cette nullité⁵. Pourtant, la bonne solution est dictée par la raison d'être de la promesse unilatérale de l'article 1124 qui est de bloquer le consentement du promettant au contrat promis alors que le bénéficiaire reste libre de manifester le sien par levée d'option : si le promettant viole l'obligation de ne pas anéantir son consentement, le bénéficiaire peut obtenir l'exécution forcée par anéantissement du contrat et donc l'effacement de la caducité de la promesse, qui persiste, tout en conservant la liberté de lever l'option si lors de la décision la durée de la promesse n'est pas terminée.

591. Les effets de la nullité. L'effet de la nullité du contrat conclu entre le promettant et le tiers est l'anéantissement total et rétroactif de ce contrat, donc la cause de caducité de la promesse disparaît rétroactivement et deux situations sont envisageables. D'une part, si le terme extinctif de la promesse était antérieur au prononcé de la nullité par le juge, ce dernier reconnaît que le contrat promis a été formé par la levée d'option antérieure à l'expiration de la

¹ F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122.152 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 258 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 89.

² Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 24.

³ P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, n° 26 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 268 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122.152 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 258.

⁴ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 191.

⁵ *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 55 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122.152 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n°

durée de la promesse. D'autre part, si le terme extinctif de la promesse est postérieur au prononcé de la nullité par le juge, le bénéficiaire doit lever l'option avant l'expiration de la durée de la promesse, mais il est libre de ne pas le faire.

Ainsi, la violation de la promesse unilatérale de contrat avec un tiers connaissant celle-ci est sanctionnée par une nullité de l'article 1124 ; cependant d'autres sanctions sont envisageables.

2. La sanction de la violation de la promesse unilatérale avec un tiers sans l'article 1124

592. La responsabilité contractuelle. Les auteurs sont partagés au sujet de l'allocation de dommages-intérêts au bénéficiaire par le promettant ayant conclu un contrat avec un tiers en violation de la promesse de l'article 1124¹.

D'abord, la conclusion d'un contrat par le promettant avec un tiers, rendant caduque la promesse unilatérale, viole l'obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant contenu dans la promesse de l'article 1124 et constitue une faute contractuelle pour le promettant. Par suite, le bénéficiaire peut engager la responsabilité contractuelle de ce dernier. D'une part, si le tiers connaissait la promesse unilatérale, des dommages-intérêts peuvent être demandés par le bénéficiaire au tiers, soit comme alternative à la nullité, soit en plus de celle-ci. D'autre part, si le tiers ne connaissait pas la promesse unilatérale, seuls des dommages-intérêts peuvent être demandés au promettant.

Ensuite, est engageable la responsabilité extracontractuelle du tiers complice de la violation de la promesse qu'il connaissait.

En outre, des auteurs soulignent l'intérêt de la clause pénale lorsque le tiers ne connaissait pas la promesse unilatérale². Certes, cette clause pénale est utile dans ce cas, pour déterminer à l'avance la somme que devra verser le promettant s'il viole la promesse avec un tiers. Aussi, elle est intéressante lorsque le tiers connaissait la promesse, soit comme alternative à la nullité, soit en plus de cette dernière. Cependant, puisque les préjudices réparables sont en réalité très réduits, une telle clause pénale sera souvent excessive et pourra être réduite par le

254.

¹ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 219 ; M. Poumarède et D. Savouré, *Les avant-contrats*, Dr. et patr. 2016, n° 262, p. 39 ; M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 34 ; P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, n° 26 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 191 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 99 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 163.

² F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122.153 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 99.

juge sur le fondement de l'article 1231-5 du Code civil.

Enfin, les préjudices réparables sont très réduits en présence d'une promesse unilatérale de contrat contenant un consentement. De fait, les dépenses antérieures à la conclusion de ce contrat avec un tiers ne sont pas en lien de causalité avec cette faute. Aussi, le fait de ne pas obtenir les avantages attendus de l'exécution du contrat promis n'est pas réparable, car en vertu de la liberté contractuelle du bénéficiaire de lever l'option ou non, la conclusion est purement éventuelle jusqu'à la levée d'option, donc à plus forte raison l'exécution de ce contrat était purement éventuelle jusqu'à la levée d'option, par suite il n'y a pas de perte éprouvée faute d'amoindrissement patrimonial, ou de gain manqué lequel suppose un gain à la survenance normale alors qu'ici la survenance du gain était purement éventuelle. De même, en vertu de la liberté contractuelle du bénéficiaire de lever l'option, la conclusion du contrat promis est purement éventuelle, donc la chance d'obtenir le gain inhérent à l'exécution de ce contrat promis est purement éventuelle et la perte de cette chance n'est pas un préjudice certain. Ainsi, seuls les préjudices de déception ou d'atteinte à la réputation du bénéficiaire sont réparables. Parallèlement, ces solutions valent pour la promesse synallagmatique contenant les consentements, mais si la conclusion est suspendue par un terme, la conclusion est certaine, donc la perte de chance de conclure et d'obtenir l'exécution du contrat promis est un préjudice certain et réparable.

593. La substitution. Des auteurs considèrent que la jurisprudence pourrait consacrer un droit de substitution du bénéficiaire dans le contrat conclu entre le promettant et le tiers en violation de la promesse, comme pour le pacte de préférence¹. Cependant, nous verrons que la substitution n'est pas une bonne sanction de l'inexécution de ce dernier. Symétriquement, aucun texte ne permet de fonder cette substitution pour la promesse de l'article 1124 et en particulier celle-ci ne peut être fondée sur l'exécution forcée d'une obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant violée par la conclusion d'un contrat, qui ne peut qu'être l'anéantissement de ce contrat. De plus, cette substitution n'est qu'une transmission de contrat, une cession forcée de contrat, irréalisable pour diverses raisons : ce contrat sera souvent éteint par la production de ses effets s'il est à exécution instantanée (comme une vente) ; aussi ce contrat conclu avec le tiers comportera souvent un *intuitus personae* ; pour finir les règles de publicité et les règles fiscales sont inadaptées à la substitution.

¹ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 4^e éd., 2019, n° 284 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020, n° 88 ; voir notre étude détaillée ci-dessous n° 657 et s.

594. Le but illicite. Depuis la réforme de 2016, étant donné que l'article 1124 subordonne la nullité de ce contrat à la connaissance par le tiers de la promesse, il n'est pas possible de contourner cette exigence en utilisant le but illicite de l'article 1162 du Code civil, même si ce dernier dispose que ce but n'a pas à être connu de toutes les parties.

595. L'inopposabilité. Il fut proposé en doctrine de remplacer dans l'article 1124 la nullité par l'inopposabilité¹, laquelle n'est pas satisfaisante car il faut anéantir le contrat conclu avec le tiers qui a rendu caduque la promesse de contrat.

596. Le référé précontractuel. Il faudrait créer un référé précontractuel pour obtenir en urgence l'annulation de ce contrat conclu avec un tiers en violation de la promesse, sur le fondement de l'article 1124, ce qui éviterait que cette annulation ne soit tardive et donc lourde civilement avec les restitutions et fiscalement avec les réclamations de nombreux impôts.

597. L'inefficacité du consentement. Nous pensons qu'un bon moyen pour faire échec à la violation par le promettant de la promesse avec un tiers connaissant celle-ci, serait de bloquer toute conclusion d'un contrat entre le promettant et un tiers qui rendrait la promesse caduque, en précisant à l'article 1124 que les consentements manifestés par ces personnes durant l'existence de la promesse unilatérale de contrat sont inefficaces, en ce sens que leur effet de conclusion est suspendu par une condition suspensive légale jusqu'à l'extinction de cette promesse unilatérale. Ce faisant, le contrat ne serait pas formé et le bénéficiaire n'aurait pas à saisir le juge afin d'obtenir une nullité pour anéantir ce contrat et effacer la caducité de la promesse, ce qui est particulièrement lourd et coûteux.

598. Conclusion sur les promesses de contrat contenant un consentement. Le régime de la promesse unilatérale de l'article 1124 est déterminé en partie par ce dernier pour la volonté du promettant de la révoquer et pour la violation de celle-ci avec un tiers. Il l'est pour le reste largement par la doctrine et la jurisprudence. Ainsi, il est influencé par la présence d'un consentement dans celle-ci, mais aussi d'une obligation de ne pas anéantir ce dernier, indispensable afin d'assurer la sécurité précontractuelle. Par analogie, le régime de la promesse synallagmatique contenant les consentements doit être imaginé avec le précédent, sauf de rares divergences. Par ailleurs, le régime des promesses de contrat projetant un consentement est différent car ce dernier est futur.

¹ M. Mekki, *Les contrats préparatoires, principes et clauses contractuelles*, JCP N 2016, n° 1112 ; L. Sautonie-Laguinoie, *Proposition de modification des articles 1123 et 1124 du Code civil : supprimer l'antinomie avec l'article 1341-2 du Code civil*, RDC 2017, p. 172.

Chapitre II. Le régime des promesses de contrat projetant un consentement

599. Il existe à nos yeux deux contrats relatifs à des consentements complets et futurs. L'un est la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement, qui a pour effet essentiel, une obligation de notification de consentement complet à la charge d'une partie : celle-ci était connue dès l'Ancien Droit, mais n'est plus le contrat visé par la qualification de promesse unilatérale de contrat depuis 1945, cette qualification visant la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement, régie par l'article 1124 du Code civil. L'autre est la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements, qui est connue en jurisprudence par exception à l'assimilation de la promesse synallagmatique de contrat et du contrat promis et qui a pour effets essentiels, des obligations de notification de consentement complet. Or, pour nous l'une des applications de ces promesses projetant un consentement est le pacte de préférence, qui comporte en plus de l'obligation de notifier un consentement, une obligation de ne pas notifier un consentement complet à un tiers ; une autre de leurs applications est le contrat cadre. C'est pourquoi, seront étudiés en les confrontant les régimes de ces promesses projetant un consentement, avec d'abord les questions étrangères à leur inexécution (**Section I**), puis cette inexécution (**Section II**).

Section I. Le régime des promesses projetant un consentement hors de leur inexécution

600. Le régime des promesses de contrat créant des obligations de notification de consentement complet, intéresse, en dehors de leur inexécution, à la fois les conditions (**I**), l'exécution et l'extinction (**II**) de celles-ci.

I. Les conditions des promesses de contrat projetant un consentement

601. Les conditions des promesses de contrat projetant un consentement concernent la définition du consentement à notifier (**A**) et d'autres difficultés (**B**).

A. Les conditions relatives à la définition du consentement à notifier

602. La définition du consentement à notifier est encadrée par l'exigence de détermination de l'objet de l'obligation de notification (**1**) et par d'autres règles (**2**).

1. L'encadrement du consentement à notifier avec la détermination de l'objet

603. La promesse unilatérale. Les auteurs rattachant la promesse unilatérale de

contrat à un consentement futur du promettant exigeait, en rupture avec Pothier¹, la détermination dans cette promesse des éléments essentiels du contrat promis, et notamment du prix et de la chose en application de l'ancien article 1129, mais aussi des articles 1583 ou 1591 du Code civil². Cependant, il ne faut pas confondre l'objet de l'obligation de notification d'un consentement complet et l'objet de chacune des obligations du contrat promis.

Premièrement, les articles 1582 et suivants du Code civil ne peuvent pas s'appliquer à cette promesse unilatérale projetant un consentement, laquelle n'est pas une vente.

Deuxièmement, l'application à l'obligation de notifier un consentement complet, de l'exigence de détermination de l'espèce et de la quotité de l'objet de l'obligation, de l'ancien article 1129 et de l'article 1163 du Code civil, n'appelle pas une détermination de la totalité des effets abstraits et éléments concrets essentiels à la complétude du consentement. En effet, l'espèce de l'objet de cette obligation est la notification d'un consentement complet, alors que la quotité de cet objet est le nombre de notifications. Dès lors, les parties peuvent déterminer la totalité des effets abstraits et éléments concrets essentiels à la complétude du consentement : le débiteur de l'obligation de notifier un consentement complet ne dispose alors d'aucune liberté dans l'exécution de cette obligation. En revanche, les parties peuvent déterminer une partie seulement des effets abstraits et des éléments concrets essentiels à la complétude du consentement, ce qui laisse au débiteur de l'obligation de notifier un consentement complet, lors de la manifestation de ce dernier, une liberté de déterminer les effets abstraits ou éléments concrets non déterminés par la promesse.

604. La promesse synallagmatique. La doctrine n'évoque guère la définition du consentement objet des obligations de notification créées par la promesse synallagmatique de contrat qui existe en jurisprudence par exception à l'assimilation avec le contrat projeté. En effet, elle semble considérer que cette promesse synallagmatique autonome définit nécessairement tous les éléments essentiels du contrat promis. Pourtant, cette promesse synallagmatique crée des obligations de notifier des consentements complets. Or, en vertu de l'exigence de détermination de l'espèce et de la quotité de l'objet de l'obligation, chacune des obligations de notifier un consentement complet doit définir au moins une partie des effets abstraits et éléments concrets essentiels à la complétude du consentement.

¹ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1762, n° 482 ; R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1772, n° 482.

² V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 6, 7^e éd., 1875, p. 167 ; L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 153 et 155 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 48 ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 8 ; J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 61 et s.

605. Le pacte de préférence. Avant la réforme de 2016, les sources affirmaient que le prix du contrat promis n'avait pas à être déterminé dans le pacte de préférence¹, donc la doctrine reprend cette solution après la réforme de 2016², qui est silencieuse sur l'ensemble du régime du pacte de préférence, à l'exception de la sanction de l'inexécution de celui-ci. Ainsi, selon la doctrine, il suffit que soient définis l'objet du contrat³, c'est-à-dire son principe⁴, sa nature⁵, ou le bien objet du contrat promis⁶, ou les deux éléments⁷. Toutefois, le pacte de préférence est une promesse de contrat projetant un consentement, généralement unilatérale et rarement synallagmatique, qui a pour effet essentiel, une obligation de notifier un consentement complet au bénéficiaire, à laquelle est ajoutée une obligation de ne pas notifier un consentement complet à un tiers. En conséquence, il y a lieu d'appliquer les exigences de détermination de l'espèce et de la quotité de l'objet à ces deux obligations. D'une part, l'obligation de notifier un consentement complet est la même que celle créée par

¹ E. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 236 ; J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 56 ; A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946, p. 15 ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 170 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 901 ; Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2001, n° 98-20.673 ; Bull. civ. I, n° 166 ; JCP G 2002, I, 134, obs. F. Labarthe ; Dr. et patr. déc. 2001, p. 38, note S. Valory ; RTD civ. 2002, p. 88, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD civ. 2002, p. 115, obs. P.-Y. Gautier ; Cass. 3^e civ., 15 janv. 2003, n° 01-03.700 ; Bull. civ. III, n° 9 ; JCP G 2003, II, 10129, note E. Fischer-Achoura ; JCP E 2004, 384, obs. P. Mousseron ; Defrénois 2003, p. 852, obs. R. Libchaber ; D. 2003, p. 1190, note H. Kenfack ; Contrats, conc. consom. 2003, comm. 71, note L. Leveneur ; AJDI 2003, p. 702, note F. Cohet-Cordey ; RDC 2003, p. 45, obs. D. Mazeaud ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 237 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 195 ; E. Schlumberger, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, th. Paris 1, 2011, Dalloz, 2013, n° 92 et s. ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 112 ; G. Pillet, Rép. civ. Dalloz, V° *Préemption et retraits*, 2014, n° 116 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 774 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014, n° 292 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 120-31 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 152 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 213.

² M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations, le pacte de préférence*, JCP N 2016, n° 41, act. 1102 ; M. Poumarède et D. Savouré, *Les avant-contrats*, Dr. et patr. 2016, n° 262, p. 39 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 212 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 28 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 165 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018, n° 95 ; C. Larroumet et S. Bros, *Le contrat*, t. 3, Economica, 9^e éd., 2018, n° 278 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 48 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 254 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-141 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 192 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 94 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 253 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1106 ; M. Mignot, *JCL. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 17 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 222 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 128 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 69 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 213 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 58 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 226.

³ M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 308 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 195 ; P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 91 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 112 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 71 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 94 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2022, n° 213.

⁴ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 237 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 388.

⁵ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 402 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 71 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 165.

⁶ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 213 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 213 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 75.

⁷ A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 112 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 120-28 ; B. Fages, *Droit*

la promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement. En conséquence, il y a lieu de retenir les mêmes solutions. Par suite, les personnes concluant un pacte de préférence peuvent déterminer la totalité ou une partie des effets abstraits et éléments concrets essentiels à la complétude du consentement.

D'autre part, l'obligation de ne pas notifier un consentement complet à un tiers est le contraire de la précédente. Pourtant, il y a lieu de retenir les mêmes solutions. Par suite, les personnes concluant un pacte de préférence peuvent déterminer la totalité ou une partie des effets abstraits et éléments concrets essentiels à la complétude du consentement.

606. Le contrat cadre. Il n'y a pas d'exigence de détermination du prix des contrats d'application d'un contrat cadre, avant comme après la réforme.

D'une part, le 1^{er} décembre 1995, la Cour de cassation consacra trois règles¹.

La première est l'indifférence à l'absence de détermination dans le contrat cadre des prix des contrats d'application. Or, nous l'expliquons par le fait qu'un contrat cadre est un contrat simple ou complexe qui comporte une promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement, dont l'obligation de notifier un consentement complet est à exécution successive. Par suite, l'application de l'exigence de détermination de la nature et de la quotité de l'objet de l'obligation, à cette obligation de notification de consentement complet, n'impose pas de déterminer tous les effets abstraits et éléments concrets essentiels à la complétude du consentement, mais est respectée dès lors qu'est déterminée une partie de ces deniers. Dès lors, si le contrat cadre oblige à notifier des consentements complets à des contrats qui comporteront une obligation de paiement d'un prix, l'exigence de détermination de l'espèce et de la quotité de l'objet de l'obligation de notification de consentements complets à ces contrats d'application, est respectée même si ce prix, élément concret essentiel à la complétude du consentement à ces contrats, n'est pas déterminé par le contrat cadre. En effet, le prix n'est pas l'objet d'une obligation de payer contenue dans le contrat cadre, mais est l'objet d'une obligation de payer qui sera créée par le contrat d'application, donc il n'était pas logique, sur le fondement de l'objet de l'obligation, d'annuler les contrats cadres pour indétermination du prix des contrats d'application.

des obligations, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 58.

¹ Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995 : n° 91-15.578, n° 93-13.688, n° 91-15.999 et n° 91-19.653 : Bull. ass. plén., n° 7 à 9 ; D. 1996, 13, concl. M. Jeol, note L. Aynès ; JCP 1996, II, 22565, concl. M. Jeol, note J. Ghestin ; RTD civ., 1996, p. 153, obs. J. Mestre ; GAJC, 11^e éd., n° 151-154 ; BICC 15 janv. 1996, p. 10, concl. M. Jeol, note J. Fossereau ; D. 1997, somm. 59, obs. D. Ferrier ; JCP E 1996, II, 776, note L. Leveneur ; JCP E 1996, I, 523, n° 7, obs. J.-M. Mousseron ; Gaz. Pal. 1995, 1, 626, concl. M. Jeol, note P. de Fontbressin ;

La deuxième règle consacrée par ces arrêts de 1995 est l'indifférence au fait qu'une clause de celui-ci détermine le prix des contrats d'application, par référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement. En effet, cette clause précise l'objet de l'obligation de notification de consentements complets, dont le prix est un élément concret : le débiteur doit notifier son consentement aux contrats d'application, au prix alors en vigueur.

La troisième règle consacrée est l'inapplication de l'ancien article 1129 du Code civil, exigeant que l'objet de l'obligation ait une espèce déterminée et une quotité déterminée ou déterminable, à la détermination du prix, dans les contrats contenant une obligation de payer un prix. Cependant, rien dans les textes et les travaux préparatoires du Code civil ne permettait d'exclure l'obligation de paiement d'un prix du champ de cet article : la quotité du prix aurait dû être considérée comme un élément concret légalement essentiel à la complétude d'un consentement à un contrat contenant une telle obligation de payer un prix.

D'autre part, l'article 1164 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, reprend la jurisprudence du 1^{er} décembre 1995, en affirmant que dans les contrats cadres, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties.

La définition du consentement objet de l'obligation de notification est donc encadrée par l'exigence de détermination de l'espèce et de la quotité de l'objet de l'obligation ; elle l'est aussi par d'autres règles.

2. L'encadrement du consentement à notifier sans la détermination de l'objet

607. La licéité de l'objet. L'exigence générale de licéité de l'objet de l'obligation de l'article 1162 du Code civil s'applique logiquement à l'objet de l'obligation de notifier un consentement. Par suite, lorsque le consentement objet de l'obligation de notification, créée par les promesses unilatérale et synallagmatique de contrat projetant un consentement, ainsi que leurs applications que sont le pacte de préférence et le contrat cadre, tend à la conclusion d'un contrat illicite, notamment par le contenu de ce dernier ou le but de l'une des parties, il y a lieu de considérer que l'objet de l'obligation de notification est illicite. Dès lors, cette exigence de licéité de l'obligation de notifier un consentement permet d'obtenir l'annulation de la promesse avant même que le contrat promis ne soit conclu, et provoque la caducité de la promesse après la conclusion de cette dernière lorsque l'objet de l'obligation de notification était licite lors de cette conclusion mais devient illicite avant la formation du contrat promis.

Defrénois 1996, 747, obs. P. Delebecque ; LPA, 27 déc. 1995, note D. Bureau et N. Molfessis ; Dr. et patr. 1996, 458, note A. Couret.

608. La possibilité de l'objet. L'exigence générale de possibilité de l'objet de l'obligation, aujourd'hui prévue par l'article 1163 du Code civil, s'applique logiquement à l'objet de l'obligation de notifier un consentement. Plus précisément, cette possibilité s'entend à nos yeux de celle de notifier un consentement à un contrat valable, donc l'impossibilité existe lorsque le consentement à notifier ne pourra former valablement le contrat promis. Par exemple, lorsque les promesses unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant des consentements, un pacte de préférence ou un contrat cadre sont conclus et tendent à la conclusion d'un contrat translatif de propriété d'un corps certain et détruit, il faut considérer que l'objet de l'obligation de notifier un consentement complet est impossible, comme cela a été envisagé pour le pacte de préférence¹, non parce qu'il est impossible de manifester et de notifier ce consentement, mais en raison du fait que ce dernier ne peut former un contrat valable. Dès lors, l'application de cette condition de possibilité de l'objet permet, non seulement d'annuler les promesses projetant un consentement à un contrat ne pouvant être formé valablement, mais aussi de reconnaître la caducité de ces promesses lorsque la notification du consentement complet à un contrat valable était initialement possible lors de la conclusion de celles-ci, mais est devenue impossible avant la formation du contrat promis.

609. Le respect de la liberté. Selon quelques décisions inédites et auteurs², dans le pacte de préférence, le promettant ne peut abandonner la liberté de déterminer lui-même le prix de la cession. Or, ceci est applicable à toutes les promesses projetant un consentement.

Primo, en présence d'une promesse unilatérale de contrat projetant un consentement, cette appréciation du respect de la liberté de contracter s'opère au regard d'une seule obligation, dont l'objet est de notifier un consentement complet. Ainsi, cette liberté est plus ou moins limitée, selon que l'obligation de notifier un consentement complet détermine tout ou partie des effets abstraits et des éléments concrets essentiels à la complétude du consentement. Néanmoins, par application de la jurisprudence précitée, il y a lieu de considérer que la liberté de contracter du promettant est violée si la détermination d'un élément concret essentiel à la complétude du consentement, comme le prix, est abandonnée au débiteur ou à un tiers insuffisamment encadré.

Secundo, avec la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements, les mêmes

¹ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 404.

² Cass. com., 6 nov. 2012, n° 11-24.730, inédit : RTD civ. 2013, p. 110, obs. B. Fages ; Cass. com., 5 janv. 2016, n° 14-19.584, inédit : Bull. Joly. Sociétés 2016, p. 21, note. E. Schlumberger ; JCP E 2016, p. 1363, obs. P. Mousseron ; RTD civ. 2016, p. 98, obs. H. Barbier ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 21 et s. ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 58.

raisonnements peuvent s'appliquer aux obligations de notification de consentement.

Tertio, en présence d'un pacte de préférence, à l'obligation de notifier un consentement complet au bénéficiaire, s'ajoute l'obligation de ne pas notifier de consentement complet à un tiers. Par suite, il faut prendre en compte ces deux obligations afin d'étudier l'étendue concrète de la limitation de la liberté contractuelle.

Quarto, ces raisonnements sont transposables au contrat cadre.

610. Le respect de la propriété. Un arrêt publié de la Cour de cassation du 23 septembre 2009 a encadré la durée déterminée dans le pacte de préférence, en affirmant que cette dernière ne doit pas être excessive au regard du droit de propriété, tout en ayant approuvé une cour d'appel d'avoir retenu qu'un pacte de préférence de 20 ans pour la revente d'un immeuble ne violait pas ce droit en raison de la nature et de l'objet de l'opération¹. Ainsi, le droit de propriété peut servir à encadrer la durée du pacte de préférence. Cependant, cette jurisprudence publiée est moins utile que la jurisprudence précitée sur le respect de la liberté contractuelle, qui n'est pas publiée, car elle n'est pas applicable aux pactes de préférence qui ne concernent pas un contrat transférant la propriété. Surtout, la liberté de disposer en cause dans le pacte de préférence, est la liberté de disposer par un contrat, laquelle est englobée dans la liberté de contracter. Par conséquent, il est plus logique d'appréhender les excès des obligations créées par le pacte de préférence avec la liberté contractuelle, laquelle peut s'appliquer à tout pacte de préférence. Plus généralement, ce raisonnement peut être réalisé pour toutes les promesses de contrat projetant un consentement.

En somme, parmi les conditions des promesses de contrat projetant un consentement, la définition du consentement objet de l'obligation de notification est le premier problème, mais d'autres existent.

B. Les conditions non relatives à la définition du consentement à notifier

611. Les autres conditions des promesses unilatérale et synallagmatique de contrat projetant un consentement sont classiquement de fond (1) et de forme (2).

1. Les autres conditions des promesses projetant un consentement relatives au fond

¹ Cass. 3^e civ., 23 sept. 2009, n° 08-18.187 : Bull. civ. III, n° 203 ; JCP G 2009, 479, note G. Pillet ; RTD civ. 2009, p. 717, obs. B. Fages ; RDC 2009, p. 32, obs. T. Genicon ; RDC 2010, p. 660, obs. S. Pimon ; Contrats, conc. consom. 2010, comm. 2, note L. Leveneur ; Defrénois 2010, p. 104, obs. R. Libchaber ; N. Blanc, *Le pacte de préférence et le temps*, Mélanges M.-S. Payet, 2011, p. 55 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 59 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 254 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 192 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 4^e éd., 2019, n° 273 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V^e Pacte de préférence*, 2019, n° 41 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 26 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 222.

612. La capacité. Les auteurs rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur du promettant soutenaient que les incapacités propres au futur contrat étaient applicables, dès la conclusion de la promesse, pour toute les parties¹, ou pour le promettant mais non pour le bénéficiaire lequel devait avoir la capacité de conclure le contrat promis lors de la manifestation de son consentement à ce dernier². Parallèlement, la doctrine affirme souvent que la capacité de disposer n'est pas nécessaire pour le promettant lors de la formation du pacte de préférence pour une vente³.

Selon nous, il faut bien distinguer, d'une part, la capacité de chaque partie de conclure la promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement, et d'autre part, la capacité de conclure le contrat promis. Concrètement, ces promesses projetant un consentement créent une obligation de notification de consentement complet, donc si cette obligation n'est pas assortie d'une condition suspensive de manifestation du consentement, la notification du consentement n'est pas libre mais est l'exécution d'une obligation contractuelle. Dès lors, il est conforme à la raison d'être des règles de capacité régissant le contrat promis, que chaque débiteur d'une obligation de notifier un consentement complet respecte ces règles de capacité de conclure le contrat promis dès la conclusion de la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement, de la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements, du pacte de préférence ou du contrat cadre. Sinon, un incapable pourrait conclure seul ces promesses, alors qu'il est incapable de conclure seul le contrat promis mais s'oblige à notifier un consentement à ce dernier.

En particulier, l'idée classique selon laquelle le pacte de préférence n'est pas un acte de disposition n'emporte pas notre conviction. En effet, le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, pris pour l'application des règles d'incapacités, affirme à son article 2 que constituent des actes de disposition les actes qui engagent le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou l'avenir, notamment par une altération durable des prérogatives de son titulaire. Or, le pacte de préférence est pour nous une promesse de contrat projetant un consentement et

¹ L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 152 et s. ; J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 77 ; N. Matulesco, *De la promesse unilatérale de société*, th. Paris, 1923, p. 23.

² R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 46.

³ J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 35 ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 170 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 400 ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 35 ; E. Schlumberger, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, th. Paris 1, 2011, Dalloz, 2013, n° 24 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 112 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 120-13 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 213 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 192 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 14 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 222 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 75 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 213.

créant une obligation de notification de consentement complet, à laquelle est ajoutée une obligation de ne pas notifier un consentement complet à un tiers. Ainsi, ces deux obligations précitées figurent au patrimoine du promettant dès cette conclusion et engagent ce patrimoine pour l'avenir en altérant toujours la liberté de contracter dans son aspect de liberté de choix du cocontractant et parfois le droit de propriété lorsque le pacte de préférence tend à la conclusion d'un acte de disposition. En conséquence, le pacte de préférence pour une vente est bien un acte de disposition au sens des règles des incapacités, même s'il ne transfère pas de propriété. C'est pourquoi, en particulier il faut respecter dès la formation de ce pacte de préférence pour un acte de disposition, les règles de capacité régissant cet acte de disposition. Aussi plus généralement, il faut respecter dès la conclusion d'une promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement à un acte de disposition, ces règles de capacité régissant cet acte de disposition.

613. La propriété. L'exigence d'un droit de propriété sur la chose objet du contrat promis pose des problèmes dans les promesses de contrat projetant un consentement.

Primo, les auteurs rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur n'exigeaient pas cette condition de propriété¹. Or, cela est logique parce que le promettant ne manifeste pas son consentement au contrat promis dans cette promesse unilatérale de contrat projetant un consentement, ce dernier étant futur. Par conséquent, c'est au moment de la manifestation du consentement au contrat promis que le promettant doit être propriétaire de cette chose. Aussi, cette solution s'applique à la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements.

Secundo, un auteur considère que le promettant du pacte de préférence doit être propriétaire du bien dont la propriété sera transférée par le contrat promis². Néanmoins, le pacte de préférence ne transfère pas la propriété de ce bien. Ainsi, le promettant n'a pas à être propriétaire du bien sur lequel le pacte de préférence porte : ce pacte peut concerner un bien que le promettant aura certainement ou éventuellement dans son patrimoine à l'avenir.

Tertio, la même solution s'applique au contrat cadre. De fait, elle est très opportune, puisque dans la distribution, lors de la formation du contrat cadre, la partie appelée à transférer la propriété de produits par les contrats d'application n'a souvent pas leur propriété.

614. L'équilibre. Le déséquilibre contractuel peut concerner les promesses de contrat

¹ L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 178 et s. ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 83 ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 63.

² M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 262 et s.

projetant un consentement ou le contrat promis.

D'une part, un déséquilibre peut exister dans l'une de ces promesses. D'abord, l'obligation de notifier un consentement complet, présente dans les promesses unilatérale et synallagmatique de contrat projetant un consentement, mais aussi leurs applications que sont le pacte de préférence et le contrat cadre, peut avoir une contrepartie sous forme d'obligation monétaire. Ensuite, l'obligation de ne pas notifier un consentement complet à un tiers présente en plus de la précédente dans le pacte de préférence et certains contrats cadres, peut aussi avoir pour contrepartie une obligation monétaire. Ainsi, cette obligation monétaire est un effet accessoire pour ces promesses unilatérale et synallagmatique de contrat projetant un consentement, mais peut paraître excessive pour son débiteur. Or, le déséquilibre entre l'obligation monétaire et l'obligation de notifier un consentement n'était pas avant 2016 et n'est pas après 2016 une cause de nullité des promesses de contrat projetant des consentements, en vertu du principe d'indifférence à l'existence d'un équilibre contractuel, repris par l'article 1168 du Code civil. Néanmoins, si l'obligation monétaire est excessive, il est possible d'annuler la promesse sur le fondement de l'absence de cause de l'obligation conformément à la jurisprudence illustrée par l'arrêt Cartier de la Cour de cassation, du 4 juillet 1995¹, reprise à l'article 1169 du Code civil évoquant une contrepartie dérisoire.

D'autre part, le contrat conclu en exécution de la promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement, peut comporter un déséquilibre contractuel. Or, ce dernier n'entraîne pas l'invalidité d'un contrat. Néanmoins, les auteurs rattachant la promesse unilatérale de vente à un consentement futur considéraient que la date d'appréciation de la valeur de l'immeuble et de départ du délai d'action des articles 1674 et suivants du Code civil, régissant la lésion de plus de sept douzièmes dans la vente immobilière, était celle de la vente². Parallèlement, la même solution logique fut retenue pour le pacte de préférence³.

615. La potestativité. Le caractère potestatif de la condition de manifestation de volonté de conclure le contrat promis fait débat depuis longtemps en doctrine pour le pacte de préférence, mais la même question se pose plus généralement dans toutes les promesses unilatérale et synallagmatique de contrat projetant un consentement, et en particulier dans le contrat cadre, car tous ces contrats peuvent contenir cette condition. Dans le domaine du pacte

¹ Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1995, n° 93-16.198 : Bull. civ. I, n° 303 ; Contrats, conc., consom., 1995, n° 181, obs. L. Leveneur ; RTD civ., 1995, p. 881, obs. J. Mestre.

² L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 187 et s. ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 80 ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 52.

³ H. Lalou, *Les pactes de préférence*, D. H., 1929, chron. p. 41 ; J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 141.

de préférence, la potestativité de cette condition a été reconnue par certains auteurs¹. Cependant, elle a été écartée par d'autres, dont certains soulignent le fait que la volonté d'un tiers intervient², ou que les circonstances peuvent contraindre le promettant à consentir³, ce qui ne peut convaincre car ces circonstances ne contraignent pas toujours le promettant à manifester un consentement.

D'abord, la condition potestative prohibée est un événement dépendant totalement de la volonté du débiteur. Or, ici la condition suspensive de l'obligation de notification d'un consentement complet est le fait pour son débiteur de manifester celui-ci, ce qui dépend totalement de sa volonté. Cependant, le rapprochement de cette condition qui est la manifestation d'un consentement et de l'objet de l'obligation, qui est la notification du consentement extériorisé, montre que cette condition ne contredit pas, ne rend pas artificielle et n'anéantit pas cette obligation. De fait, la manifestation de son consentement par le promettant dépend totalement de sa volonté, mais lorsque ce consentement a été extériorisé, la condition est remplie et le promettant doit notifier ce consentement au bénéficiaire. C'est pourquoi il ne faut pas techniquement retenir la qualification de condition potestative ici. De plus, la définition classique de la condition potestative n'est pas satisfaisante car elle englobe des conditions dépendant totalement de la volonté du débiteur mais qui ne rendent pas une obligation artificielle en la contredisant.

Ensuite, le pacte de préférence existait dès l'Ancien Droit et a été conservé après 1804, donc il est possible de considérer que dès le XIX^e siècle la coutume s'opposait à la nullité du pacte de préférence pour potestativité de la condition, car ce contrat était déjà utilisé et considéré comme licite. De même, la reconnaissance de sa licéité dans le domaine de l'édition, par la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, codifiée à l'article L 132-4 du Code de la propriété intellectuelle, faisait obstacle textuel à la nullité pour potestativité, au moins dans ce domaine de l'édition. Enfin, la consécration textuelle du pacte de préférence par l'ordonnance du 10 février 2016, à l'article 1123 du Code civil, fait obstacle légal à la

¹ G. Durry, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, th. Paris. 1957, n° 158 et s. ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 18 ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 90 ; M. Dagot, *Pacte de préférence : liberté ou contrainte, rapport introductif*, Dr. et patr. janv. 2006, n° 144 ; L. Leveneur, *Pacte de préférence : liberté ou contrainte, rapport de synthèse*, Dr. et patr. janv. 2006, n° 144, p. 80 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 799.

² H. Lalou, *Les pactes de préférence*, D. H., 1929, chron. p. 41 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, n° 257.

³ F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 24, 4^e éd. 1884, n° 17 ; P. De Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889, p. 145 ; P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924, p. 40 ; J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 60 s. ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932, n° 515 ; J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 147 et s.

nullité du pacte de préférence pour potestativité dans tous les domaines.

Plus généralement, cette condition suspensive de l'obligation de notifier un consentement qui est le fait de manifester ce dernier, est parfois présente dans la promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement, et l'est souvent dans le contrat cadre. En effet, cette condition suspensive permet de laisser au débiteur de cette obligation, la liberté de manifester son consentement complet au contrat promis, mais de l'obliger à notifier ce consentement au bénéficiaire lorsque ce consentement est extériorisé.

Au total, les autres conditions de fond des promesses unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant des consentements sont complexes en raison du fait que ces promesses sont des contrats créant une obligation de notification de consentement futur et complet à un autre contrat. Or, cette autonomie et ce lien rendent parfois complexes leurs conditions de forme.

2. Les autres conditions des promesses projetant un consentement relatives à la forme

616. Le formalisme de validité. En l'absence de formalisme conditionnant la validité des promesses de contrat projetant un consentement, la difficulté est de savoir si le formalisme conditionnant la validité du contrat promis s'applique à ces promesses. En effet, il fut proposé d'appliquer à la promesse unilatérale de contrat relative à un consentement futur, les formes conditionnant la validité du contrat promis¹. Parallèlement, selon quelques auteurs, le pacte de préférence n'est pas soumis à des conditions formelles de validité en vertu du principe du consensualisme², ou au formalisme conditionnant la validité du contrat promis³, sauf pour la forme notariée de l'article 931 du Code civil⁴. Aussi la promesse synallagmatique de contrat solennel doit revêtir le formalisme du contrat promis si celui protège le consentement pour certains, contredits par d'autres¹.

A priori, la forme par laquelle doit être manifesté un consentement à un contrat afin que ce dernier soit valablement conclu ne devrait pas s'appliquer à ces promesses de contrat projetant des consentements car ces dernières ne contiennent pas ce consentement qui est futur. Cependant, le formalisme d'une manifestation de volonté peut éclairer une personne sur sa décision de conclure ou de ne pas conclure. Or, ici cette obligation de notifier un consentement impose à son débiteur la manifestation et la notification de celui-ci, donc la

¹ N. Matulesco, *De la promesse unilatérale de société*, th. Paris, 1923, p. 41.

² J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 407 et s. ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 48 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 213 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 223 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 213.

³ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 409.

⁴ M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 48 et 233.

manifestation de ce consentement n'est pas libre, si bien que le formalisme de ce consentement est ici privé de sa fonction éclairant la personne manifestant son consentement sur sa décision de conclure ou de ne pas conclure. C'est pourquoi, il est conforme à la raison d'être de la forme de manifestation du consentement conditionnant la validité d'un contrat de l'appliquer à la promesse unilatérale projetant un consentement, à la promesse synallagmatique projetant les consentements, au pacte de préférence et au contrat cadre.

En revanche, si cette obligation est assortie d'une condition suspensive de manifestation du consentement, il n'y a pas lieu d'appliquer à ces promesses cette forme de manifestation du consentement, conditionnant la validité du contrat promis, parce que dans ce cas le promettant conserve la liberté de manifester ou non son consentement.

617. Le formalisme de preuve. Les auteurs rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur exigeaient une preuve écrite de celle-ci, lorsque le contrat promis portait sur un montant supérieur à celui de l'ancien article 1341 du Code civil², et l'application du moyen de preuve du contrat promis au pacte de préférence était ponctuellement évoquée³. Or, cette promesse unilatérale de contrat projetant un consentement et la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements, ainsi que leurs deux applications que sont le pacte de préférence et le contrat cadre ont pour point commun de créer une obligation de notification de consentement complet. Par conséquent, ces contrats n'entrent pas littéralement dans le champ de l'exigence d'une preuve écrite des actes juridiques portant sur plus de 1500 euros prévue par l'article 1359 du Code civil, sauf si cette obligation de notification a pour contrepartie une somme supérieure à 1500 euros. Toutefois, cette exigence d'une preuve écrite a sinon pour raison d'être, du moins pour utilité concrète, d'éclairer la décision de conclure ou non un contrat et le contenu de ce dernier. Par conséquent, il est opportun d'appliquer à ces contrats le formalisme probatoire du contrat promis, avec une preuve écrite de la promesse.

618. La publicité foncière. La formalité de publication au fichier immobilier a posé des difficultés concernant le pacte de préférence⁴. Par deux arrêts des 13 mars 1979¹, et 16

¹ M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 20, Promesse synallagmatique*, oct. 2020, n° 21.

² L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 160 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 56 ; N. Matulesco, *De la promesse unilatérale de société*, th. Paris, 1923, p. 40 et s.

³ J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 53 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 50.

⁴ G. Durry, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, th. Paris, 1957, n° 337 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 229 et s. ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 622 et s. ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 30.

mars 1994², la Cour de cassation a abandonné une analyse de 1971³, en soutenant que le pacte de préférence est, non une restriction au droit de disposer devant être publiée par application de l'article 28 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, sous peine d'inopposabilité, mais une promesse unilatérale de contrat conditionnelle pouvant faire l'objet d'une publicité en vertu de l'article 37 de ce dernier et dont l'absence n'est pas sanctionnée par l'inopposabilité.

D'une part, cet article 37 permet de publier au service de la publicité foncière les promesses unilatérales de vente d'immeuble et les promesses unilatérales de bail d'immeuble de plus de douze ans¹. Or, cet article vise la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement, seule désignée par l'expression de promesse unilatérale de contrat en 1955. En conséquence, les promesses unilatérale et synallagmatique de contrat projetant un consentement, dont le pacte de préférence, ne devraient pas être publiables sur le fondement de cet article, sauf à interpréter largement la notion de promesse unilatérale de vente d'immeuble afin d'y faire entrer la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement et son application qu'est le pacte de préférence unilatéral.

D'autre part, si les promesses unilatérales de vente et de bail de plus de 12 ans, peuvent être publiées en vertu de cet article 37, corrélativement elles n'ont pas été saisies comme une restriction au droit de disposer au sens de l'article 28 qui exige la publication de cette restriction. Pourtant, la promesse unilatérale de vente d'un immeuble contenant le consentement du promettant restreint le droit de disposer du promettant qui est débiteur d'une obligation de ne pas anéantir son consentement, laquelle lui interdit de disposer de l'immeuble au profit d'un tiers, car cela rendrait la promesse caduque et ferait disparaître ce consentement contenu en elle. Ainsi, elle n'est pas une restriction au droit de disposer au sens de l'article 28 de ce décret, alors qu'elle restreint ce droit en interdisant de disposer au profit d'un tiers. Aussi par analogie, il est possible de considérer qu'un pacte de préférence obligeant à notifier un consentement au bénéficiaire et obligeant à ne pas notifier de consentement à un tiers, même s'il restreint évidemment le droit du promettant de disposer, en

¹ Cass. 3^e civ., 13 mars 1979, n° 77-15.031 : Bull. civ. III, n° 63 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 185 et s.

² Cass. 3^e civ., 16 mars 1994, n° 91-19.797 : Bull. civ. III, n° 58 ; D. 1994, p. 486, note A. Fournier ; Defrénois 1994, p. 1164, obs. L. Aynès ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012, n° 60 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Prémption et retraits*, 2014, n° 120 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 213 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 120-61 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 212 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 254 ; A. Fournier, *Rép. civ. Dalloz, V° Publicité foncière*, déc. 2019, n° 182.

³ Cass. 3^e civ., 4 mars 1971, n° 69-11.993 : Bull. civ. III, n° 164 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 412 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 284 et s. ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 122 et s. ; A. Fournier, *Rép. civ. Dalloz, V° Publicité foncière*, déc. 2019, n° 170 et s.

interdisant de le faire au profit d'un tiers, n'est pas une restriction au droit de disposer au sens de l'article 28 de ce décret.

619. L'enregistrement. La formalité de l'enregistrement des promesses unilatérales de vente relatives à un immeuble ou à un fonds de commerce, prévue auparavant par l'ancien article 1840 A du Code général des impôts et aujourd'hui par l'article 1589-2 du Code civil, ne s'applique pas à la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement. En effet, ces articles visent le seul contrat qualifié de promesse unilatérale de contrat depuis 1945, c'est-à-dire la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement². Or, le pacte de préférence est une promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement, à laquelle a été ajoutée une obligation de ne pas notifier un consentement à un tiers. Par conséquent, il est logique que la doctrine affirme que ces articles ne s'appliquent pas au pacte de préférence et que ce dernier peut être enregistré volontairement³. En effet, les promesses unilatérale et synallagmatique de contrat projetant un consentement, comme leurs applications que sont le pacte de préférence et le contrat cadre, peuvent être volontairement présentées à la formalité de l'enregistrement auprès de l'administration fiscale, lorsqu'elles ont été conclues par acte sous seing privé, en application du 2° de l'article 662 du Code général des impôts¹, afin de leur donner date certaine, conformément à l'article 1377 du Code civil.

En définitive, les conditions des promesses de contrat projetant un consentement sont largement marquées par une tension entre l'autonomie de celles-ci et leur lien obligatoire avec le contrat promis ; cette tension ne se retrouve pas identiquement dans l'exécution et l'extinction de ces promesses.

II. L'exécution et l'extinction des promesses de contrat projetant un consentement

620. L'exécution des promesses de contrat projetant un consentement est marquée par la tension entre l'autonomie de celles-ci et leur lien obligatoire avec le contrat promis (**A**), au contraire de l'extinction de ces promesses (**B**).

A. L'exécution des promesses de contrat projetant un consentement

621. La phase d'exécution des promesses de contrat projetant un consentement englobe

¹ BOI-ENR-DG-10-30-20140930 §40.

² JOAN 1963-1964, n° 110 (C. R.), 23 oct. 1963, p. 5353.

³ F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982, p. 244 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 414 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 336 et s. ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 29 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 223.

un aspect essentiel qui est la notification d'un consentement complet (1) et les problèmes rares apparaissant lors de cette phase (2).

1. L'aspect essentiel de la phase d'exécution des promesses projetant un consentement

622. Les formes de notification utilisables. De façon générale, l'obligation essentielle des promesses unilatérale et synallagmatique de contrat projetant un consentement, et de leurs applications que sont le pacte de préférence et le contrat cadre, exige de porter ce consentement à la connaissance du créancier de celle-ci. Ainsi, le meilleur moyen de notifier un consentement est la manifestation d'un consentement complet par un acte rédigé en présence de toutes les parties par un notaire constatant la notification de celui-ci. Cependant, ce mode est le plus coûteux, donc il est possible de recourir à l'acte d'huissier comme cela a été proposé², qui n'apporte pas le conseil d'un notaire mais dont la date de notification est prévisible. Par ailleurs, la lettre recommandée avec demande d'avis de réception est moins coûteuse³, mais elle n'offre pas de fortes garanties sur la date de notification et sur le contenu de la notification, comme cela a été démontré⁴. C'est pourquoi la remise en main propre contre récépissé, proposée⁵, est préférable si l'acte notarié et l'acte d'huissier ne sont pas utilisés et si le créancier est fiable. En définitive, il est préférable de prévoir dans le contrat le mode de notification du consentement complet. Cependant les auteurs sont partagés sur la possibilité de recourir à une forme de notification différente de celle prévue par le pacte¹. Or, le débiteur de l'obligation de notifier un consentement complet ne peut choisir un autre mode de notification, même jugé plus sûr qu'un autre, car la force obligatoire du contrat impose l'exécution de cette obligation telle qu'elle a été prévue par les parties. À défaut de prévision d'un mode de notification, le débiteur de l'obligation de notifier un consentement a la liberté de choisir le moyen de le notifier.

623. Les formes de notification préférables. La forme de la notification à utiliser varie avec la promesse de contrat créant l'obligation de notifier un consentement complet. D'abord, l'obligation de notifier un consentement complet, créée par la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement, peut être exécutée avec l'un des modes précités en

¹ BOI-ENR-DG-10-20-20150902 §260 et s.

² J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 98 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 887 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Pacte de préférence*, 2019, n° 55 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code*, Art. 1123, *Pacte de préférence*, août 2020, n° 49.

³ M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 887 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code*, Art. 1123, *Pacte de préférence*, août 2020, n° 49.

⁴ M. Dagot, *Les illusions de la lettre recommandée*, JCP N 2003, p. 1266.

⁵ M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 887.

fonction du contrat promis, tout comme le pacte de préférence. Si le contrat promis est une vente d'immeuble, la forme notariée avec présence de toutes les parties est la seule qui est envisageable en fait pour préparer la publicité foncière, même si cette forme ne conditionne pas la validité de celle-ci en droit ; si le contrat promis est un contrat d'affaire à enjeux antagonistes, la forme notariée est la plus intéressante même si celle-ci est coûteuse, mais l'acte d'huissier est aussi intéressant car moins coûteux ; si le contrat promis est d'un enjeu modique ou concerne des personnes de confiance, l'envoi recommandé suffit.

De même, l'obligation de notifier un consentement complet, créée par la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements, connue en jurisprudence par exception à l'assimilation avec le contrat promis, peut être exécutée avec des modes variés. De fait, si le contrat promis est une vente d'immeuble, il faut pratiquement recourir à la forme notariée avec présence de toutes les parties pour préparer la publicité foncière. En revanche, dans les domaines dans lesquels la forme notariée n'est pas indispensable, le plus simple est de recourir à l'acte sous signatures privées échangées en présence des parties ; sans possibilité de ce dernier, il faut adapter le mode de notification aux enjeux.

Enfin, dans le contrat cadre, l'obligation de notifier un consentement complet est exécutée avec les modes rapides : la forme notariée et l'acte d'huissier ne sont pas adaptés dans les relations de la distribution par exemple.

624. La durée prévue du consentement. Il y a deux durées du consentement notifié, lequel est une offre : étonnamment cette qualification est rejetée par certains, au profit de l'idée d'information², laquelle n'est pas suffisante puisqu'il faut obliger le promettant à notifier un consentement complet afin que le bénéficiaire puisse manifester le sien.

La première durée du consentement notifié est le délai de l'offre fixé par l'offrant au sens des articles 1116 et 1117 du Code civil, que nous analysons comme le terme extinctif de l'effet de conclusion contenu dans l'offre et dont l'expiration rend cette dernière caduque³. Cependant, la manifestation de volonté de révoquer cette offre par le débiteur de l'obligation de notifier un consentement est immédiatement efficace, donc elle anéantit l'offre et le créancier ne peut plus l'accepter. Certes, la révocation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par l'offrant constitue une faute extracontractuelle, mais comme nous l'avons démontré cette dernière n'est

¹ M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 883, 884 et 886 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Pacte de préférence*, 2019, n° 55.

² G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Pacte de préférence*, 2019, n° 55 et s.

³ Voir ci-dessus n° 169, 220, 260 et 261.

pas en lien de causalité avec de nombreux préjudices, à l'exclusion de préjudices de déception ou d'atteinte à la réputation, dont la réparation est faible et ne peut consister à permettre la conclusion du contrat promis¹. De plus, cette révocation rapide de l'offre n'est pas une violation de l'obligation de notifier un consentement, laquelle a été exécutée par la notification de l'offre et s'est éteinte. Enfin, si l'offre est notifiée avec une durée inférieure à celle prévue, selon un auteur il peut y avoir soit nullité de la notification, ce qui doit être exclu car l'exécution forcée de l'obligation de notification ne peut prendre cette forme, soit renonciation à invoquer cette faute, ce qui se traduit par l'acceptation de l'offre².

La seconde durée du consentement notifié est le terme extinctif de l'obligation de ne pas anéantir ce consentement. En effet, afin de garantir une pleine sécurité précontractuelle, il est préférable que l'obligation de notifier un consentement prévoie que l'offre manifestée par le promettant devra contenir en plus de l'effet de conclusion, une obligation de ne pas anéantir cette offre pendant une durée déterminée³. Dans ce cas, il y a inefficacité de la volonté de révoquer l'offre du débiteur de cette obligation de notification et interdiction de rendre l'offre caduque. Ainsi, cela permet au bénéficiaire d'avoir une sécurité précontractuelle lui permettant de réfléchir avant d'accepter l'offre.

625. La durée imprévue du consentement. Si l'obligation de notifier un consentement ne prévoit aucune durée pour ce dernier, la doctrine affirme en matière de pacte de préférence que le juge peut imposer un délai avant ou après la notification⁴, mais que si le juge ne le fait pas, le promettant peut fixer un délai unilatéralement qui ne doit pas être trop réduit car le promettant doit laisser un temps de réflexion⁵, notamment sur le fondement de l'exigence de bonne foi⁶. À défaut de délai fixé par le juge ou par le promettant, la doctrine considère qu'il faut que le bénéficiaire prenne sa décision dans un délai raisonnable⁷, au terme duquel l'offre est caduque¹. À l'analyse, l'obligation de notifier un consentement peut ne pas prévoir de durée pour ce consentement.

D'une part, le débiteur de cette obligation peut faire une offre sans délai fixé au sens des articles 1116 et 1117 du Code civil, mais sa volonté de révoquer cette offre est efficace et

¹ Voir ci-dessus n° 260 et 262.

² M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 915 et s.

³ Voir ci-dessus n° 147 et s., 165 et s., 171 et s., 183, 212 et 227.

⁴ J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 101.

⁵ M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 921.

⁶ H. Lalou, *Les pactes de préférence*, D. H., 1929, chron. p. 41 ; J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 54.

⁷ S. Lequette, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, RTD civ. 2013, p. 491 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 195 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 115 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 120-37 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260.

anéantit cette offre, ce qui empêche le bénéficiaire d'accepter celle-ci. Certes cette révocation est une faute extracontractuelle si elle intervient avant l'expiration d'un délai raisonnable mentionné par l'article 1116, mais cette faute n'est pas en lien de causalité avec de nombreux préjudices, sauf des préjudices de déception ou d'atteinte à la réputation, dont la réparation est faible et ne peut consister en la conclusion du contrat promis².

D'autre part, si ce débiteur fixe un délai dans l'offre au sens des articles 1116 et 1117, la brièveté de ce délai peut être vue comme un manquement au devoir d'exécution de bonne foi de l'obligation de notifier un consentement, prévu par l'article 1104 du Code civil. Mais l'engagement de la responsabilité contractuelle n'a pas grand intérêt ici, puisque la faute contractuelle n'est pas en lien de causalité avec de nombreux préjudices, à l'exclusion de préjudices de déception ou d'atteinte à la réputation faiblement réparés.

En somme, l'essentiel de la phase d'exécution des conditions des promesses de contrat projetant des consentements est la notification d'un consentement complet ; mais d'autres problèmes rares apparaissent lors de cette phase.

2. Les aspects rares de la phase d'exécution des promesses projetant un consentement

626. Le déséquilibre. Lors de l'exécution des promesses unilatérale et synallagmatique de contrat projetant un consentement, et de leurs applications que sont le pacte de préférence et le contrat cadre, des modifications externes peuvent causer un déséquilibre contractuel dans celles-ci, ou dans le contrat promis.

Le premier déséquilibre contractuel qui peut être causé par des modifications des circonstances durant l'existence des promesses projetant des consentements est un déséquilibre entre l'obligation de notifier un consentement et une obligation monétaire. Toutefois, le principe de force obligatoire, et ses corrélats que sont l'immutabilité unilatérale et l'immutabilité judiciaire du contrat, interdisent normalement toute modification unilatérale ou judiciaire de cette promesse. En revanche, l'article 1195 du Code civil permet au débiteur de l'obligation monétaire devenue excessivement onéreuse, à la suite d'un changement de circonstances imprévisible lors de la formation de la promesse, de demander au juge de diminuer cette obligation monétaire.

Le second déséquilibre qui peut être causé par des modifications des circonstances est

¹ N. Blanc, *Le pacte de préférence et le temps*, Mélanges M.-S. Payet, 2011, p. 55 et s., n° 33.

² Voir ci-dessus n° 261 et 262.

un futur déséquilibre dans le contrat visé, qui n'aurait pas existé sans ce changement.

Primo, le principe de force obligatoire du contrat et ses corrélats interdisent normalement toute modification unilatérale ou judiciaire de l'obligation de notifier un consentement complet créée par la promesse, afin d'éviter que le contrat promis soit conclu avec un déséquilibre inexistant lors de la formation de la promesse.

Secundo, l'article 1195 du Code civil ne permet pas de demander au juge un rééquilibrage ou un anéantissement de la promesse pour ce déséquilibre car il exige la présence d'une exécution excessivement onéreuse, alors qu'ici l'exécution du contrat promis le sera une fois celui-ci conclu. Symétriquement, cet article ne permet pas de demander un rééquilibrage ou un anéantissement du contrat conclu en exécution de la promesse, car au moment de la conclusion du contrat promis, le changement de circonstances intervenu entre la conclusion de la promesse et la conclusion du contrat promis était connu des parties et non imprévisible.

627. La cession. La cessibilité de la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement était reconnue¹, au contraire de celle du pacte de préférence longtemps rejetée², puis reconnue par principe³, sauf disposition contraire ou *intuitus personae* : la formalité de la cession de créance devait être respectée pour certaines sources⁴, contredites par d'autres⁵. Or, la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement et sa version synallagmatique connue en jurisprudence par exception à l'assimilation au contrat promis, ainsi que leurs applications que sont le pacte de préférence et le contrat cadre, peuvent être cédées, sauf si elles sont conclues *intuitu personae*, ou avec une clause interdisant cette cession.

628. La détérioration de la chose. Durant l'existence d'une des promesses projetant un consentement, peut survenir une détérioration fortuite de la chose objet d'une obligation du contrat promis. Dans ce cas, la doctrine rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur affirmait que cette dernière devait être exécutée sans modification

¹ L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 189 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 76 ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 66.

² H. Lalou, *Les pactes de préférence*, D. H., 1929, chron. p. 41 ; J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 92 ; J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 84.

³ Cass. 3^e civ., 16 mai 1973, n^o 72-11.778 : Bull. civ. III, n^o 356 ; F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris I, 1982, p. 249 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n^o 499 et s. ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n^o 507 et s. ; O. Deshayes, ss dir., *L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008, p. 165 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n^o 114 ; Lamy *Droit du contrat*, mai 2015, n^o 120-58 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n^o 55 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n^o 215 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n^o 192 ; G. Pilllet, *Rép. civ. Dalloz, V^o Pacte de préférence*, 2019, n^o 64 et s. ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n^o 59.

⁴ Cass. 3^e civ., 4 janv. 1995, n^o 92-21.449 : Bull. civ. III, n^o 8 ; D. 1995, somm., p. 235, obs. L. Aynès ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n^o 507 et s. ; Cass. 3^e civ., 15 janv. 2014, n^o 12-35.106 : Bull. civ. III, n^o 8 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n^o 114.

⁵ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n^o 215.

unilatérale ou judiciaire du prix¹. Parallèlement, la doctrine considère que la destruction partielle de la chose objet d'une obligation du contrat promis est sans conséquence sur le pacte de préférence². Or, de façon générale, le principe de force obligatoire interdit à la partie subissant la détérioration de la chose de réaliser seule ou d'obtenir du juge la réduction du prix prévu dans la promesse. De plus, l'article 1601 du Code civil ne s'applique pas avant la conclusion de la vente³. En revanche, la partie qui découvre la détérioration de la chose après formation du contrat promis peut invoquer une erreur sur une qualité essentielle de la chose.

629. L'amélioration de la chose. Durant l'existence d'une des promesses projetant un consentement il est possible qu'intervienne une amélioration de la chose promise.

D'une part, les auteurs rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur soutenaient que l'amélioration ne relevant pas du fait d'une partie n'était pas un élément de la chose vendue et que pour obtenir cette dernière il fallait un supplément de prix⁴, mais la solution inverse fut défendue⁵. Or, il y a ici une question de droit des biens pour déterminer la chose objet d'une obligation du contrat promis. En effet, si l'amélioration de la chose fait partie de la chose en vertu du droit des biens, il y a lieu en vertu du principe de force obligatoire du contrat, de ne pas modifier la promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement, le pacte de préférence ou le contrat cadre.

D'autre part, pour la doctrine rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur, les améliorations non nécessaires réalisées par le promettant ne devaient pas être indemnisées⁶, ou devaient l'être⁷, alors que les améliorations nécessaires réalisées par lui devaient être indemnisées⁸. Toutefois, le principe de force obligatoire du contrat et ses corrélat interdisent toute modification unilatérale ou judiciaire de la promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement, du pacte de préférence ou du contrat cadre, afin d'augmenter le prix, cette amélioration n'étant prévue par aucun texte.

Au total, l'exécution des promesses de contrat projetant des consentements est marquée

¹ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1762, n° 484 ; R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1772, n° 484 ; L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 183 ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 50.

² J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 465.

³ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, 1836, p. 157.

⁴ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1762, n° 485 ; R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1772, n° 485.

⁵ L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 185 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 74 et s. ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 51.

⁶ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1762, n° 486 ; R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1772, n° 486 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 77.

⁷ L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 186.

⁸ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1762, n° 487 ; R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1772, n° 487 ; L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 187 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 76.

par la tension entre l'autonomie de celles-ci et leur lien obligatoire avec le contrat promis ; en revanche l'extinction de ces promesses ne l'est pas.

B. L'extinction des promesses de contrat projetant un consentement

630. Les diverses causes d'extinction des promesses unilatérale et synallagmatique de contrat projetant un consentement, et de leurs applications que sont le pacte de préférence et le contrat cadre, sont liées à la volonté des parties (1) ou non (2).

1. L'extinction des promesses projetant un consentement résultant des volontés des parties

631. La notification du consentement. L'exécution des promesses de contrat projetant un consentement, par la notification de ce dernier peut les éteindre pour la doctrine¹. En effet, au vu des définitions de la caducité, cette dernière résulte de la disparition d'une condition d'existence ou de validité du contrat empêchant ce dernier de produire ses effets.

D'abord, la notification du consentement complet en exécution de l'obligation créée par la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement, éteint cette obligation. Ce faisant, cette promesse perd une condition d'existence, à savoir cette obligation essentielle à son existence : cela fait obstacle à son efficacité et la rend caduque.

En revanche, la notification d'un consentement complet en exécution de l'une des obligations créées par la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements ne rend pas nécessairement celle-ci caduque. En effet, chaque notification de consentement complet éteint chaque obligation de notifier un consentement complet, donc seule la dernière notification éteint la dernière obligation de notifier et fait disparaître une condition d'existence de la promesse, l'empêchant de produire son effet et la rend caduque.

Par ailleurs, la notification d'un consentement complet en exécution de l'obligation de notifier un consentement complet créée par le pacte de préférence, ne rend pas ce dernier caduc. En effet, l'obligation de ne pas notifier de consentement complet à un tiers survit nécessairement à l'obligation de notifier un consentement complet au bénéficiaire éteinte par la notification, afin de garantir à ce bénéficiaire un laps de temps durant lequel celui-ci peut réfléchir à l'offre reçue sans que le promettant ne puisse notifier un consentement à un tiers.

De la même manière, la notification d'un consentement complet en exécution de l'obligation de notifier un consentement complet créée par un contrat cadre, ne rend pas ce dernier caduc.

¹ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 774 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1106.

De fait, cette obligation est à exécution successive et ne s'éteint pas par une notification. Par conséquent, le contrat cadre est rendu caduc par la dernière notification de consentement complet exigée par l'obligation de notifier un consentement complet seule, ou par la dernière des obligations de notifier un consentement complet s'il en existe plusieurs, sauf si ce contrat cadre crée en plus une obligation de ne pas notifier un consentement complet à un tiers, laquelle survit aux obligations précitées.

632. La renonciation. Parmi les auteurs rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur, la possibilité d'y renoncer unilatéralement a été reconnue¹, ou exclue². Parallèlement, selon les sources existantes, la renonciation au pacte de préférence peut être tacite et non équivoque et résulter de l'absence d'invocation de celui-ci par le bénéficiaire, soit à la suite de la réception d'une offre, soit à la suite de la conclusion d'un contrat par le promettant avec un tiers³. Or, en principe, seule une révocation par consentement mutuel est possible en vertu de l'ancien article 1134, alinéa 2, et de l'article 1193 du Code civil. Dès lors la renonciation unilatérale est exclue pour ces promesses unilatérale et synallagmatique de contrat projetant un consentement, dont le pacte de préférence et le contrat cadre, qu'elle soit manifestée ou présumée à partir de l'inertie.

633. La révocation. L'article 1211 du Code civil, reprenant le droit antérieur à la réforme de 2016⁴, dispose que lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable.

En particulier, la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement à durée indéterminée est révocable unilatéralement avec un préavis, mais contrairement à certaines affirmations, sans une décision demandée au bénéficiaire⁵, ou une sommation¹.

Symétriquement, il fut proposé d'appliquer au pacte de préférence à durée indéterminée la

¹ P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 96.

² L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 193.

³ J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 461 ; Cass. 3^e civ., 3 nov. 2011, n° 10-20.297 ; Bull. civ. III, n° 181 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 55 ; Cass. 3^e civ., 14 déc. 2011, n° 10-18.105, Inédit ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 120-37 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 100 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 59.

⁴ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 600 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 481-2 ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, Dalloz, 16^e éd., 2014, n° 380 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 207 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 689 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 312 et s. ; P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 452 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 885 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 779 et s. ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 357.

⁵ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1772, n° 480 ; L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 156 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 52 ; N. Matulesco, *De la promesse unilatérale de société*, th. Paris, 1923, p. 37.

possibilité d'une résiliation unilatérale², mais cela fut critiqué³, notamment car cela viderait le contrat de sa substance⁴. Toutefois, aucun texte ne s'oppose à l'application au pacte de préférence de cette faculté de résiliation unilatérale, laquelle est d'origine légale et ne vide pas de sa substance le pacte de préférence, qui crée jusqu'à la résiliation une obligation de notification de consentement complet au bénéficiaire et une obligation de non-notification de consentement complet à un tiers.

Aussi, cette faculté de résiliation unilatérale est applicable à la promesse synallagmatique de contrat projetant des consentements, existant par exception à l'assimilation avec le contrat promis, ainsi qu'au contrat cadre, au sujet duquel l'exigence de préavis prend tout son sens en raison de l'importance économique de la succession des contrats d'application.

634. Le refus. La doctrine reconnaît, à la suite du refus de l'offre, la liberté du promettant de conclure avec un tiers un contrat au contenu identique à celui proposé au bénéficiaire du pacte de préférence⁵. Néanmoins, le refus de contracter comme la contreproposition ne correspondent pas aux définitions très nombreuses de la caducité, que nous saisissons comme l'extinction d'un acte juridique par disparition d'une de ses conditions d'existence ou de validité faisant obstacle à son efficacité. Par suite, ceux-ci ne rendent pas caduques les promesses unilatérale et synallagmatique projetant un consentement, dont le pacte de préférence et le contrat cadre, donc le promettant ne recouvre pas la liberté de conclure avec un tiers si une obligation de ne pas notifier de consentement à un tiers existe.

635. Le terme extinctif. Un terme extinctif peut être attaché à chaque obligation des promesses de contrat projetant un consentement.

¹ J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 84.

² J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 455 ; N. Blanc, *Le pacte de préférence et le temps*, Mélanges M.-S. Payet, 2011, p. 55, n° 28 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 60 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 195 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V^o Prémption et retraits*, 2014, n° 115 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{er} éd., 2015, n° 214 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 192 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 214 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 76.

³ B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 54 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V^o Pacte de préférence*, 2019, n° 51 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 59 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 226.

⁴ S. Lequette, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, RTD civ. 2013, p. 491.

⁵ Cass. 3^e civ., 29 janv. 2003, n° 01-03.707 : Bull. civ. III, n° 24 ; RTD civ. 2003, p. 497, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD civ. 2003, p. 517, obs. P.-Y. Gautier ; Defrénois 2003, p. 1267, obs. J.-L. Aubert ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 60 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 195 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 774 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 115 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 55 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 192 ; P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 94 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1106 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 193 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021,

D'abord, les auteurs rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur, reconnaissent que celle-ci s'éteignait à la fin du délai prévu¹, identifié par certains comme un terme extinctif². Or, l'expiration de la durée de cette promesse prévue par les parties est techniquement le terme extinctif de l'obligation de notifier un consentement complet : ce terme éteint cette obligation et donc ce faisant la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement perd une condition d'existence, qui est son effet essentiel, ce qui l'empêche d'être efficace et la rend caduque. Ainsi, en pratique, il est indispensable de prévoir une durée déterminée pour cette promesse afin d'éviter l'insécurité inhérente à la faculté de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée. Néanmoins, ce terme extinctif n'est pas nécessairement l'expiration de la durée prévue par les parties.

Ensuite, la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements, qui existe en jurisprudence comme exception à l'assimilation avec le contrat promis, peut contenir un terme extinctif de ses obligations de notifier des consentements complets. Certes, lorsque ces obligations ont pour terme suspensif une date à laquelle les parties doivent échanger leurs consentements, par exemple chez le notaire, le terme extinctif ne peut être l'expiration d'un délai, mais peut être un événement à la survenance certaine comme le décès d'une partie. En revanche, il est possible de prévoir un terme extinctif sous forme d'expiration d'un délai, qui soit commun à ces obligations de notification ou propre à l'une de celles-ci, lorsque ces dernières comportent un terme extinctif à la date incertaine, ou une condition suspensive.

Par ailleurs, le pacte de préférence peut être à durée déterminée et comporte alors selon la doctrine un terme extinctif³, source de caducité pour des auteurs⁴. Or, afin d'assurer la sécurité, il est indispensable d'insérer dans le pacte de préférence, un terme extinctif sous forme d'expiration de délai pour chacune des deux obligations, dont l'une est de notifier un

n° 59.

¹ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1772, n° 480 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 50 ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 122 ; N. Matulesco, *De la promesse unilatérale de société*, th. Paris, 1923, p. 32.

² L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 157 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 54 ; J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 83 ; N. Matulesco, *De la promesse unilatérale de société*, th. Paris, 1923, p. 39.

³ J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 127 ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 452 ; N. Blanc, *Le pacte de préférence et le temps*, Mélanges M.-S. Payet, 2011, p. 55, n° 22 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 54 ; Lamy *Droit du contrat*, mai 2015, n° 120-34 ; M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations, le pacte de préférence*, JCP N 2016, n° 41, act. 1102 ; F. Chénéde et O. Herrnberger, *Les avant-contrats*, JCP N 2017, n° 17, 1164 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 72 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 76 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 58 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 226.

⁴ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 214 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 226 ; D.

consentement complet à un bénéficiaire, et l'autre est de ne pas notifier un consentement complet à un tiers. En effet, avec ce terme, les parties échappent à la possibilité d'une résiliation unilatérale du pacte de préférence à durée indéterminée. Ce délai peut être le même pour chacune des deux obligations et son expiration éteint alors les deux obligations au même moment. Mais il est envisageable de prévoir une durée de vie plus longue pour l'obligation de ne pas notifier de consentement complet à un tiers que pour l'obligation de notifier un consentement complet au bénéficiaire, afin d'assurer au bénéficiaire le fait que le promettant n'envoie pas de consentement à un tiers, ou de prévoir une durée de vie supérieure pour l'obligation de notifier un consentement survivant à l'obligation de ne pas notifier un consentement à un tiers. Surtout en pratique, il faut écarter l'extinction trop rapide de l'obligation de ne pas notifier un consentement complet à un tiers en cas d'exécution de l'obligation de notifier un consentement au bénéficiaire, en prévoyant un report du terme extinctif de cette obligation négative à partir de la notification. Aussi, le terme extinctif des obligations du pacte de préférence peut être différent de l'expiration d'un délai : par exemple le décès d'une partie peut éteindre ces obligations.

Enfin le contrat cadre peut comporter un terme extinctif pour chacune de ses obligations à exécution successive ou pour une partie de celles-ci pour les raisons précitées.

636. Les conditions résolutoire et extinctive. Nous pensons que la condition résolutoire est un effet s'ajoutant aux effets d'un acte juridique, lequel est éteint par la réalisation de cette condition, alors que la condition extinctive est un aspect d'un effet dont la réalisation éteint cet effet seulement. Par suite, la condition extinctive peut être utilisée pour chacune des obligations créées par la promesse de contrat projetant un consentement, alors que la condition résolutoire permet d'anéantir la totalité de cette promesse.

D'abord, des auteurs rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur proposèrent logiquement d'appliquer à celle-ci la condition résolutoire¹.

Ensuite, la technique de la condition résolutoire peut être utilisée dans la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements afin d'anéantir celle-ci entièrement, si les obligations ont un terme suspensif constitué par une date déterminée, mais aussi lorsque

Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 214.

¹ L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 158 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 54 ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 118 ; J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 90 ; N. Matulesco, *De la promesse unilatérale de société*, th. Paris, 1923, p. 39.

celles-ci ont une condition suspensive.

Par ailleurs, la condition résolutoire peut être utilisée pour prévoir l'anéantissement de l'entier pacte de préférence alors que la condition extinctive peut servir à prévoir l'anéantissement d'une seule des obligations du pacte de préférence. En effet, les parties peuvent recourir à la condition extinctive pour prévoir l'extinction de l'obligation de notifier un consentement complet lors de la survenance d'un événement tout en laissant subsister l'obligation de ne pas notifier un consentement complet à un tiers, ou faire l'inverse. Mais elles peuvent aussi attacher à chaque obligation des conditions extinctives différentes.

Enfin, la condition résolutoire peut servir à prévoir l'anéantissement de l'entier contrat cadre, normalement pour l'avenir, mais les parties peuvent préférer recourir à la condition extinctive pour prévoir l'anéantissement d'une seule des obligations par la survenance d'un événement, ou de chacune de ces obligations par la survenance d'un événement différent.

Ainsi, l'extinction des promesses de contrat projetant des consentements peut être liée à la volonté des parties ; elle peut aussi ne pas être liée à celle-ci.

2. L'extinction des promesses projetant un consentement ne résultant pas des volontés des parties

637. Le décès. Les auteurs rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur ont reconnu sa transmissibilité aux héritiers d'une partie décédée¹, sauf contrat conclu en considération de la personne². Parallèlement, les sources doctrinales³, et jurisprudentielles⁴, antérieures à 2016, évoquaient la transmission de principe du pacte de préférence aux héritiers des parties, mais en reconnaissant largement une exception à cette transmission en présence d'un caractère personnel du pacte de préférence et rarement une exception en présence d'une disposition prévoyant l'extinction du pacte par ce décès du promettant. C'est pourquoi les sources doctrinales postérieures à la réforme de 2016, laquelle

¹ R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 47 ; J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 91 et 93.

² J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 91 et 93 ; N. Matulesco, *De la promesse unilatérale de société*, th. Paris, 1923, p. 91.

³ H. Lalou, *Les pactes de préférence*, D. H., 1929, chron. p. 41 ; J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 92 ; J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 83 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 515 et s. ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 479 et s. ; N. Blanc, *Le pacte de préférence et le temps*, Mélanges M.-S. Payet, 2011, p. 55 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 240 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 60 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 195 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V^o Prémption et retraits*, 2014, n° 121 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 55 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 215 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 120-55.

⁴ Cass. req., 23 déc. 1930, D. H. 1931, p. 50 ; Cass. 1^{re} civ., 10 janv. 1961 : Bull. civ. I, n° 26 ; Cass. 3^e civ., 6 nov. 1963 : Bull. civ. I, n° 484 ; Cass. 1^{re} civ., 24 fév. 1987, n° 85-16.279 : Bull. civ. I, n° 75 ; RTD civ. 1989, p. 739, obs. J. Mestre.

ne s'est pas prononcée sur la question, reprennent le principe et l'exception classiques¹. Or, l'obligation de notifier un consentement complet créée par les promesses unilatérale et synallagmatique de contrat projetant un consentement, et par leurs applications que sont le pacte de préférence et le contrat cadre fait partie du patrimoine des parties. En conséquence, en principe ces promesses étaient et restent transmises avec ce patrimoine aux héritiers lors du décès d'une des parties, car ces héritiers continuent la personne décédée. Néanmoins, il existait avant 2016 et existe après la réforme deux exceptions à cette transmission à cause de mort d'une partie, que sont le terme extinctif en cas de décès d'une ou des parties et l'existence fréquente d'un *intuitus personae* lorsque les parties ont érigé une qualité du promettant ou du bénéficiaire au rang d'élément concret essentiel à la complétude du consentement, car cette qualité est une condition d'existence de la promesse ou du contrat promis, donc le décès de la partie présentant cette qualité fait disparaître cette dernière, en tant que condition d'existence de la promesse ou du contrat promis, ce qui correspond à la définition de la caducité et entraîne donc celle de la promesse.

638. La dissolution. Il peut survenir la dissolution d'une partie à une promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement, ou à leurs applications que sont le pacte de préférence et le contrat cadre, qui n'est guère étudiée.

D'une part, peut survenir la dissolution avec liquidation d'une personne morale partie à une promesse de contrat projetant un consentement. Or, la dissolution avec liquidation d'une partie personne morale entraîne la caducité de cette promesse, parce qu'elle fait disparaître la personnalité juridique de cette partie et donc sa capacité juridique, qui est une condition de validité de la promesse, dont la disparition est une cause de caducité.

D'autre part, une personne morale partie à une promesse de contrat projetant un consentement peut faire l'objet d'une dissolution sans liquidation, par une fusion ou une scission, qui sont caractérisées par une transmission universelle de patrimoine. Or, en principe, les promesses de contrat projetant un consentement étaient avant 2016 et restent transmises en cas de dissolution sans liquidation. Certes disparaissent la personnalité juridique et donc la capacité de la personne morale dissoute, mais le patrimoine de cette dernière est transmis avec la promesse. Parallèlement, par exception, cette transmission ne peut s'opérer si la promesse a

¹ D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 192 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Pacte de préférence*, 2019, n° 62 et s. ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 102 et s. ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 390 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 215 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 59.

été conclue *intuitu personae*, c'est-à-dire si une qualité a été érigée au rang d'élément concret essentiel à la complétude du consentement, puisque, avec la dissolution, cette qualité qui est une condition d'existence de la promesse ou du contrat promis, a disparu ce qui fait obstacle à l'efficacité de la promesse et correspond à la caducité.

639. L'incapacité. Les promesses de contrat projetant un consentement peuvent s'éteindre par la perte de la capacité de conclure. Pourtant, ce n'est pas la solution retenue pour le pacte de préférence par des auteurs considérant que n'est pas une cause de caducité de ce pacte la survenance d'une incapacité en général¹, ou d'une incapacité de vendre², pour le promettant après la conclusion du pacte de préférence. Or, nous pensons que la conclusion d'une des promesses de contrat projetant un consentement exige de respecter pour chacune des parties les règles de capacité pour conclure cette promesse, mais aussi pour chaque débiteur d'une obligation de notifier un consentement les règles de capacité pour conclure le contrat promis, sauf si cette obligation comporte comme condition suspensive le fait pour le débiteur de manifester un consentement. Par suite, si après la conclusion de la promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement, d'un pacte de préférence ou d'un contrat cadre, soit une partie perd la capacité de conclure cette promesse, soit le débiteur d'une obligation de notifier un consentement complet sans condition de manifestation de ce dernier perd la capacité de conclure le contrat promis, alors la promesse est caduque par disparition d'une condition de validité l'empêchant d'être efficace, conformément à la définition de la caducité.

640. La perte de la propriété. Une perte volontaire ou subie de la propriété de la chose objet d'une obligation du contrat promis peut intervenir durant la phase d'exécution de la promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement, du pacte de préférence, ou du contrat cadre. Ainsi, les auteurs rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur affirmaient qu'en cas de disparition de la chose, le contrat promis ne pouvait être formé³, la promesse s'éteignant⁴. De même, la destruction volontaire de la chose objet d'une obligation du contrat promis devait conduire à la caducité du pacte de préférence selon des auteurs⁵. Or, avec l'analyse précise des définitions de la caducité, nous avons défini

¹ H. Lalou, *Les pactes de préférence*, D. H., 1929, chron. p. 41 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 490 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 94.

² M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 291.

³ L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 182 ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 50.

⁴ J.-R. Dautriche, *La promesse unilatérale de vente en droit français*, th. Paris, 1930, p. 30.

⁵ M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 492 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 97.

celle-ci comme l'extinction d'un acte juridique par disparition d'une condition d'existence ou de validité faisant obstacle à son efficacité. Cependant, la perte de la propriété de cette chose, même si elle est un corps certain, une chose unique, n'est pas une perte d'une condition de validité de cette promesse. En revanche, l'obligation de notifier un consentement complet a un objet qui doit être possible, en ce sens que cette notification doit être celle d'un consentement pouvant former un contrat valable. Par suite, en cas de perte d'une chose, il y a perte d'une condition de validité de cette promesse, qui est la possibilité de l'objet de l'obligation de notifier un consentement complet, ce qui empêche cette promesse d'être efficace et rend cette dernière caduque.

641. La longue inactivité. La doctrine a reconnu l'extinction de promesses de contrat projetant un consentement pour longue inertie des parties.

D'une part, les auteurs rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur ont proposé de considérer que la promesse à durée indéterminée était éteinte par prescription trentenaire¹. Aussi, la jurisprudence², et la doctrine³, affirment que le pacte de préférence à durée indéterminée est soumis à la prescription à compter de la réalisation de la condition, même si des auteurs écartent cette prescription⁴. Or, la prescription vise selon l'article 2224 du Code civil les actions personnelles ou réelles et mobilières. Néanmoins, les promesses unilatérale et synallagmatique de contrat projetant un consentement en général, et le pacte de préférence et le contrat cadre en particulier, sont des contrats, donc en tant qu'actes juridiques ceux-ci ne sont pas soumis à la prescription, parce qu'ils ne sont ni une action personnelle, ni une action réelle et mobilière.

D'autre part, il a été proposé par les auteurs rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur de présumer les volontés de désistement si cette promesse à durée

¹ L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 155 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 51 ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 121.

² Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2001, n° 98-20.673 : Bull. civ. I, n° 166 ; JCP G 2002, I, 134, obs. F. Labarthe ; Dr. et patr., déc. 2001, p. 38, note S. Valory ; RTD civ. 2002, p. 88, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD civ. 2002, p. 115, obs. P.-Y. Gautier.

³ J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 83 ; J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 135 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 50 ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 457 ; N. Blanc, *Le pacte de préférence et le temps*, Mélanges M.-S. Payet, 2011, p. 55, n° 26 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 60 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 195 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 113 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014, n° 774 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 120-34 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260.

⁴ S. Lequette, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, RTD civ. 2013 p. 491 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 192 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 101 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 226 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 76.

indéterminée était conclue depuis un temps considérable¹. Dans le même ordre d'idées, il fut proposé de reconnaître un terme tacite au pacte de préférence à l'expiration d'un délai raisonnable². Toutefois, il est impossible de présumer la volonté de chaque partie de révoquer une des promesses de contrat projetant un consentement, car par hypothèse devant le juge, une partie prétend que celle-ci a été éteinte, alors que l'autre invoque la promesse, que les parties ont voulue à durée indéterminée. De plus, en vertu du principe d'immutabilité du contrat, qui est un corrélat de la force obligatoire, le juge ne peut modifier les promesses de contrat projetant un consentement en y insérant un délai que les parties n'ont pas prévu.

Au total, le régime des promesses unilatérale et synallagmatique de contrat projetant un consentement, et de leurs deux applications que sont le pacte de préférence et le contrat cadre, pose d'abord des questions étrangères à leur inexécution, laquelle est son cœur.

Section II. Le régime des promesses projetant un consentement lors de leur inexécution

642. Le cœur du régime des promesses de contrat créant une obligation de notification de consentement complet concerne l'inexécution de celle-ci, laquelle a évolué fortement jusqu'à la réforme de 2016 (**I**) ; en particulier l'application des remèdes à l'inexécution du pacte de préférence a suscité de nombreux débats (**II**).

I. L'évolution des règles sur l'inexécution des promesses de contrat projetant un consentement

643. Les promesses unilatérale et synallagmatique de contrat projetant un consentements créent une obligation de notifier un consentement complet, dont l'inexécution a connu des débats assez homogènes jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016, laquelle ne s'est pas prononcée sur cette inexécution (**A**). Parallèlement, l'inexécution du pacte de préférence a connu une évolution plus complexe parce que ce pacte est une promesse de contrat projetant un consentement, unilatérale ou synallagmatique, qui crée une obligation de notifier un consentement complet au bénéficiaire, à laquelle est ajoutée une obligation de ne pas notifier de consentement complet à un tiers (**B**).

A. L'évolution de l'inexécution des promesses projetant un consentement sans obligation de non-notification à un tiers

¹ R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, t. 2, 1772, n° 480 ; L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 157 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 53 ; N. Matulesco, *De la promesse unilatérale de société*, th. Paris, 1923, p. 38.

² J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 454.

644. Deux inexécutions des promesses de contrat projetant un consentement ont été étudiées surtout avant la réforme de 2016 : l'absence de notification du consentement (1) et les faits contraires aux suites inhérentes à l'obligation de notifier un consentement (2).

1. L'inexécution directe de l'obligation de notifier un consentement complet

645. Les solutions existantes pour la promesse unilatérale. Avant 1945, les quelques auteurs rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur du promettant étaient partagés. En effet, l'article 1142 du Code civil de 1804 reprenait l'adage *nemo praecise cogi potest ad factum* et prévoyait contre l'inexécution de toute obligation de faire ou de ne pas faire, des dommages et intérêts. D'une part, des auteurs affirmaient qu'en cas de refus de notification de consentement, les juges pouvaient condamner le promettant à exécuter en nature, passer contrat, consentir au contrat promis, faute de quoi le jugement tenait lieu de contrat ou de consentement¹. En effet, ces auteurs écartaient l'ancien article 1142 parce que le fait auquel était obligé le promettant n'était pas un fait extérieur et corporel. D'autre part, des auteurs se prononçaient pour l'application de l'ancien article 1142, contre la contrainte par le juge du promettant à la manifestation de son consentement ou la substitution du juge au promettant en ce sens². Or, la même opposition se retrouvait en jurisprudence au sujet de l'inexécution de promesses unilatérales qui étaient rattachées à un consentement dont le caractère futur ou présent n'était pas clair³.

Après 1945, la doctrine ne rattachait plus la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur, mais la jurisprudence et ses commentaires permettent de tirer des enseignements pour l'inexécution de la promesse unilatérale projetant un consentement. En effet, la jurisprudence initiée le 15 décembre 1993 concernait la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement et était fondée de façon très critiquée sur l'ancien article 1142, donc les juges auraient appliqué cet article à la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement avec les mêmes critiques doctrinales. D'ailleurs, certaines décisions de cette époque s'étaient en réalité prononcées sur l'inexécution d'une promesse unilatérale de contrat projetant un consentement futur et non d'une promesse unilatérale de contrat contenant un consentement présent. En effet, les arrêts de la Cour de cassation du 20 juillet 1981, et du 7

¹ L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 174 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 73 et 74 ; J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 99 et s.

² R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 23 ; N. Matulesco, *De la promesse unilatérale de société*, th. Paris, 1923, p. 62 et s. et 70 et s.

³ CA Paris, 10 mai 1826 : D. 1827, 2, p. 185 ; CA Amiens, 24 août 1839 : S. 1843, 2, p. 403 ; CA Amiens, 16 juin 1841 : D. 1844, 2, p. 190.

avril 1993, remédiaient avec des dommages-intérêts à l'inexécution de l'obligation de faire, créée respectivement par la promesse de contrat réel de prêt d'argent et par la promesse de contrat d'hypothèque, en application de l'ancien article 1142 du Code civil¹. En particulier, le consentement à un contrat réel ne peut être complet que s'il est manifesté avec la remise de la chose. Par suite, il ne peut exister de décalage dans le temps entre le consentement de la personne remettant la chose et celui de la personne recevant celle-ci. Dès lors, il n'est pas possible de concevoir une promesse unilatérale de contrat contenant un consentement complet à un contrat réel. En revanche, il est possible de conclure une promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat réel obligeant à notifier un consentement futur à un contrat réel, avec remise de la chose. Ainsi, cela démontre que la jurisprudence faisait à cette époque une application littérale de cet article à l'inexécution de l'obligation de notifier un consentement.

646. Les solutions existantes pour la promesse synallagmatique. À partir de 1945, cette promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements, existant par exception à l'assimilation avec le contrat promis, prit une place croissante.

Or, la doctrine considérait généralement que l'inexécution de l'obligation de faire créée par la promesse synallagmatique de contrat autonome par rapport au contrat promis en général², et par la promesse synallagmatique de contrat réel en particulier³, donnait lieu à des dommages-intérêts, en application de l'ancien article 1142 du Code civil.

Parallèlement, selon un arrêt de la Cour de cassation du 2 avril 1979⁴, l'inexécution de l'obligation de faire créée par la promesse synallagmatique de vente sous seing privé, prévoyant un transfert de propriété au jour de la conclusion de l'acte notarié, donnait lieu à l'allocation de dommages-intérêts. Par la suite deux arrêts de la même cour furent présentés comme des revirements par rapport à cette solution⁵, mais l'un du 5 janvier 1983⁶, et l'autre

¹ Cass. 1^{er} civ., 20 juill. 1981, n° 80-12.529 : Bull. civ. I, n° 267 ; Defrénois 1982, art. 32915, n° 45, obs. J-L. Aubert ; RTD civ., 1982, p. 427, obs. P. Rémy ; M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985, n° 594 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, n° 284, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; Cass. 3^e civ., 7 avr. 1993, n° 91-10.032 : Bull. civ. III, n° 55.

² P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947, p. 54 ; L. Boyer, *Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats*, RTD civ. 1949, p. 1, n° 33 ; F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983, n° 223 et s. ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000, p. 80 ; O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V^o Promesse de vente*, janv. 2011, n° 209 ; B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 73 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 450 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 221 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 262 ; M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 20, Promesse synallagmatique*, oct. 2020, n° 59.

³ B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, 2012, n° 73 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 194 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 450 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 263.

⁴ Cass. 3^e civ., 2 avr. 1979, n° 77-13.725 : Bull. civ. III, n° 84 ; JCP G 1980, II, 19697, note M. Dagot ; Defrénois 1980, p. 1057, note G. Morin.

⁵ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 250 et s.

⁶ Cass. 3^e civ., 5 janv. 1983, n° 81-14.890 : Bull. civ. III, n° 7.

du 20 décembre 1994¹, censuraient non l'allocation des dommages-intérêts pour l'inexécution de l'obligation de faire créée par une promesse synallagmatique de vente autonome par rapport à la vente, mais la reconnaissance de l'existence de cette promesse autonome aux cas particuliers. Inversement l'arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2012², est présenté comme l'illustration de la sanction par des dommages-intérêts de l'obligation de faire créée par la promesse synallagmatique autonome et projetant les consentements³, mais il censure seulement le fait que les juges du fond n'avaient pas pris en compte la règle permettant aux parties de faire de l'acte authentique une condition de conclusion du contrat.

647. L'application proposée de la responsabilité. L'absence de notification de consentement complet en violation d'une obligation de le notifier, constitue une faute contractuelle de nature à engager la responsabilité contractuelle du débiteur, laquelle oblige ce dernier à réparer les conséquences dommageables causées par cette faute. Cependant, les préjudices en lien de causalité avec cette non-notification sont peu nombreux.

D'abord, les frais et dépenses engagés avant l'absence de notification de consentement, dont ceux suscités par la conclusion de la promesse unilatérale ou synallagmatique projetant un consentement, ne sont pas en lien de causalité avec cette absence postérieure à eux.

Ensuite, la conclusion du contrat promis par une promesse de contrat projetant un consentement est purement éventuelle, lorsque cette promesse est unilatérale, en vertu de la liberté contractuelle du créancier de l'obligation de notifier un consentement complet, lui permettant de manifester ou non un consentement identique afin de former le contrat, mais aussi lorsque cette promesse est synallagmatique parce que les consentements notifiés peuvent être révoqués. Dès lors, l'exécution du contrat promis est purement éventuelle. Par conséquent, le fait de ne pas obtenir la conclusion du contrat promis et le fait de ne pas obtenir le gain attendu de l'exécution du contrat promis ne sont pas des préjudices certains, parce qu'ils ne constituent pas une perte éprouvée faute d'amoindrissement patrimonial, ou un gain manqué dont la réparation suppose que la survenance de ce gain est normale alors qu'ici la survenance du gain est purement éventuelle. Parallèlement, pour ces diverses promesses de contrat projetant un consentement, étant donné que la conclusion du contrat promis est purement éventuelle, la chance d'obtenir le gain inhérent à l'exécution du contrat est

¹ Cass. 3^e civ., 20 déc. 1994, n^o 92-20.878 : Bull. civ. III n^o 229 ; JCP G 1995, II, 22491, note C. Larroumet ; D. 1996, somm. 9, obs. O. Tournafond.

² Cass. 3^e civ., 19 juin 2012, n^o 10-22.906 et 10-24.222, Inédit : RDC 2013, p. 53, obs. É. Savaux.

³ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n^o 450.

purement éventuelle et donc le perte de cette chance n'est pas un préjudice certain.

En définitive, sont réparables la déception et l'attente à la réputation causées.

648. L'exécution forcée. L'obligation de notifier un consentement complet peut faire l'objet d'une exécution forcée à nos yeux sous forme de décision judiciaire contenant l'effet de conclusion du contrat promis que devait produire le consentement complet à notifier.

De façon générale, l'ancien article 1142 du Code civil affirme que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. Cependant, divers arguments généraux ou propres aux promesses de contrat permettent d'écarter une interprétation littérale et étroite de cet article.

Primo, cet ancien article 1142 est suivi de deux articles sans lesquels il ne peut être compris. En effet, l'ancien article 1143 dispose que « néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ». Symétriquement, l'ancien article 1144 affirme que « le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ». Par conséquent, la lecture combinée de ces articles montre que l'ancien article 1142 n'est pas une interdiction absolue de l'exécution forcée des obligations de faire et de ne pas faire.

Secundo, selon les travaux préparatoires du Code civil¹, le motif de cet article 1142 est que « nul ne peut être contraint dans sa personne à faire ou ne pas faire une chose, et que, si cela était possible, ce serait une violence qui ne peut être un mode d'exécution des contrats ». Puis, ces travaux présentent les articles 1143 et 1144 en affirmant : « Mais si ce qui a été fait en contravention de l'engagement est susceptible d'être détruit, et si on peut faire faire par un tiers ce que le débiteur aurait dû faire lui-même, il suffit que ce soient des moyens d'exécution de l'engagement pour qu'il soit juste de les autoriser, et le débiteur devra, outre la dépense, les dommages et intérêts qui pourront avoir lieu ». Ainsi, pour les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016, l'interdiction de l'exécution forcée n'est pas absolue, mais est une règle visant les cas dans lesquels l'exécution forcée est une contrainte dans la personne ; elle coexiste avec les autorisations d'exécution forcée de ces obligations lorsque cette dernière ne comporte pas une telle contrainte. Autrement dit, le champ de l'article 1142 est différent du champ des articles 1143 et 1144.

Tertio, la possibilité d'une exécution forcée de l'obligation créée par les promesses de contrat relatives à un consentement futur, était reconnue par la jurisprudence et une partie des auteurs

¹ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, 1836, p. 232.

de l'Ancien Droit et par une partie des auteurs conservant cette conception après 1804¹.

Ainsi, l'ancien article 1142 du Code civil n'interdit pas l'exécution forcée d'une obligation de notifier un consentement conclue avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016. Plus précisément, pour nous, cette exécution forcée consiste pour le juge à se substituer au débiteur, en insérant dans sa décision de justice un effet de conclusion identique à celui du consentement que le débiteur devait notifier. D'une part, si le créancier n'a pas encore manifesté son consentement au contrat promis lors de la décision, il est libre de le manifester et de former un contrat par rencontre de son consentement et de celui du débiteur de l'obligation dont l'effet de conclusion est inséré dans la décision. D'autre part, si le créancier a manifesté son consentement au contrat promis avant la décision, ce consentement du créancier rencontre celui du débiteur déjà manifesté et cette décision produit alors l'effet de conclusion que devait produire le consentement que le débiteur devait notifier. Ainsi, le juge ne force pas le débiteur de l'obligation à manifester et notifier un consentement, sous la contrainte dans la personne au sens de l'ancien article 1142 ou d'une astreinte. Au contraire, il se substitue à lui en insérant dans sa décision un effet de conclusion identique à celui que devait produire le consentement que le débiteur devait notifier. Par suite, la même solution doit s'appliquer pour les promesses conclues à compter du 1^{er} octobre 2016, en vertu de l'article 1221 du Code civil reconnaissant le principe de l'exécution forcée et l'excluant en cas d'impossibilité ou de disproportion, lesquelles ne sont pas présentes ici.

Enfin, des auteurs affirmèrent avant 2016 qu'il était impossible de créer une obligation de manifester un consentement et de sanctionner son inexécution en forçant à manifester, donner, notifier un consentement, parce que cela était contraire à la liberté contractuelle, ayant valeur constitutionnelle². Or, la liberté contractuelle est la liberté de manifester ou non un consentement à un contrat, de déterminer le contenu et la forme de ce dernier, et de choisir son cocontractant. Par conséquent, il y a limitation volontaire de la liberté de conclure le contrat promis lorsqu'une personne s'oblige à notifier un consentement complet, parce que cette personne s'oblige par cette obligation à manifester un consentement complet, sauf condition suspensive de manifestation de ce dernier. Cependant, cette limitation volontaire de la liberté de conclure le contrat promis n'est pas interdite par la liberté contractuelle, qui n'est pas absolue mais est susceptible de limites. D'ailleurs, la liberté contractuelle autorise

¹ Voir ci-dessus l'Histoire des promesses de contrat n° 370 et s.

² O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, janv. 2011, n° 208 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012, p. 252.

justement à conclure une promesse créant une telle obligation. Parallèlement, l'exécution forcée d'une obligation de notifier un consentement complet, sous forme de décision contenant l'effet de conclusion que le consentement du débiteur devait produire, est certes une atteinte, une limite à la liberté contractuelle. En effet, elle est une substitution du juge au débiteur pour la manifestation et la notification de son consentement par l'insertion dans la décision de l'effet de conclusion que le consentement à notifier devait produire. Toutefois, cette atteinte à la liberté contractuelle vise à respecter la force obligatoire du contrat de promesse, et donc à tirer les conséquences de la liberté de conclure une telle promesse. Surtout, cette atteinte à la liberté contractuelle n'est pas plus grave que d'autres, comme le bail forcé en cas de divorce, prévu par l'article 285-1 du Code civil. En effet, en insérant dans sa décision, l'effet de conclusion que devait produire le consentement du débiteur de l'obligation de le notifier, le juge se substitue à ce débiteur afin d'assurer la force obligatoire de la promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement, alors qu'avec le bail forcé, le juge se substitue à l'époux propriétaire pour la formation d'un bail que ce dernier n'a jamais promise.

Ainsi, le premier type d'inexécution d'une obligation de notifier un consentement complet, réside dans l'absence de notification de celui-ci ; il existe un autre type.

2. L'inexécution indirecte de l'obligation de notifier un consentement complet

649. La détérioration de la chose. Pour des auteurs rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur, si la détérioration de la chose résultait du fait du promettant, ce dernier devait verser des dommages-intérêts par diminution de prix¹. Or, la détérioration de la chose promise par les promesses unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement, du fait du débiteur de l'obligation de notifier un consentement complet, n'est pas une inexécution directe de cette obligation par absence de notification. Cependant, il est possible de soutenir qu'elle est contraire aux suites que l'équité attache à cette obligation, selon l'ancien article 1135 et l'article 1194 du Code civil, en créant une discordance entre l'état de la chose existant en réalité et la chose décrite dans le contrat promis. Alors, le créancier a deux séries de possibilités.

D'une part, le créancier peut refuser ou attaquer l'existence du contrat promis.

Primo, il peut décider de ne pas manifester son consentement au contrat promis. Si ce

¹ L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 184 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 79.

créancier n'est pas débiteur d'une somme d'argent en contrepartie de la notification, son absence de conclusion du contrat promis ne lui coûte rien ; dans le cas contraire, il peut invoquer l'exception d'inexécution afin de ne pas verser la somme.

Secundo, après la conclusion du contrat promis sans connaissance de la détérioration, ce créancier de l'obligation de notification peut invoquer une erreur sur une qualité essentielle de la chose pour obtenir l'annulation du contrat promis ou l'article 1601 du Code civil, qui permet en matière de vente une diminution du prix pour l'acquéreur dans ce cas.

D'autre part, le créancier peut demander réparation du préjudice subi. Néanmoins, les préjudices en lien de causalité avec cet irrespect des suites équitables de l'obligation de notification de consentement complet sont peu nombreux comme pour l'inexécution par non-notification : seules la déception et l'atteinte à la considération sont réparables.

650. La disposition de la chose. Les auteurs rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur affirmaient que le promettant pouvait concéder tous droits réels sur la chose ou devait dans ce cas des dommages-intérêts¹, et qu'en cas de destruction de la chose, le débiteur était condamné à des dommages-intérêts s'il était fautif², ou non condamné en l'absence de faute³.

En premier lieu, la disposition par acte juridique de la chose objet d'une obligation du contrat promis par le débiteur de l'obligation de notifier un consentement complet n'est pas une faute contractuelle par absence de notification. Or, cette disposition n'est pas non plus contraire aux suites que l'équité attache à cette obligation, selon l'ancien article 1135 et l'article 1194 du Code civil, parce que les parties pouvaient prévoir une obligation de ne pas notifier à un tiers de consentement à un contrat de disposition et ne l'ont pas fait. En revanche, la destruction peut être vue comme une faute contractuelle contraire à ces suites que l'équité attache à l'obligation de notification.

En second lieu, dans ce cas, comme pour l'inexécution directe de l'obligation de notifier un consentement, le seul préjudice réparable est celui de déception, ce qui retire tout intérêt à la responsabilité contractuelle et conduit à s'interroger sur les trois fondements pour anéantir la disposition de la chose.

¹ L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 177 et s. ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 23 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 70.

² L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 184 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 78 ; N. Matulesco, *De la promesse unilatérale de société*, th. Paris, 1923, p. 84 ; J.-R. Dautriche, *La promesse unilatérale de vente en droit français*, th. Paris, 1930, p. 73.

³ L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 182 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 78 ; N. Matulesco, *De la promesse unilatérale de société*, th. Paris, 1923, p. 84.

Primo, certains des auteurs rattachant la promesse unilatérale de contrat à un consentement futur affirmaient que l'action paulienne était ouverte contre cet acte¹. Toutefois, cette action exige une insolvabilité du débiteur et ne peut être utilisée ici en général.

Secundo, l'exécution forcée de l'obligation de notifier un consentement consiste selon nous pour le juge à insérer l'effet de conclusion de ce consentement dans sa décision et ne peut consister à anéantir cet acte de disposition.

Tertio, la nullité pour illicéité de la cause au sens de mobile est un fondement qui n'est pas envisageable pour anéantir tous les actes de disposition en l'absence d'obligation de ne pas notifier à un tiers un consentement à un acte de disposition. En revanche, ce fondement est envisageable pour anéantir un acte de disposition animé par une volonté de fraude.

Au total, l'évolution de l'inexécution des promesses unilatérale et synallagmatique de contrat projetant des consentements, sans obligation de ne pas notifier de consentement complet à un tiers, a été marquée par une opposition entre dommages-intérêts et exécution forcée, laquelle est la seule à être efficace. Parallèlement, l'inexécution du pacte de préférence, qui est une promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement, créant une obligation de notifier un consentement, à laquelle est ajoutée une obligation de ne pas notifier de consentement à un tiers, a connu une évolution marquée par une plus grande diversité de solutions.

B. L'évolution de l'inexécution des promesses projetant un consentement avec obligation de non-notification à un tiers

651. La définition de l'inexécution du pacte de préférence a été étudiée ponctuellement depuis 1804 mais n'est pas présente à l'article 1123 du Code civil (1) et les remèdes à celle-ci l'ont été substantiellement (2).

1. L'évolution de la définition de l'inexécution du pacte de préférence

652. L'inexécution directe. Les consentements qui sont les objets des deux obligations du pacte de préférence sont souvent identiques et rarement différents : dans les deux cas, le fait constituant l'inexécution de l'obligation de non-notification est souvent une inexécution de l'obligation de notification, sans l'être toujours.

D'abord, les sources existantes appréhendent le pacte de préférence souvent sans envisager l'existence de deux obligations, l'une de notifier un consentement complet au

¹ L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886, p. 177 et s. ; R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898, p. 23 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 70.

bénéficiaire et l'autre de ne pas notifier un consentement complet à un tiers, et donc en ne concevant qu'une définition identique de ces consentements.

Très souvent, l'obligation de notifier un consentement au bénéficiaire est assortie d'une condition suspensive de manifestation du consentement du promettant, alors que l'obligation de ne pas notifier de consentement complet à un tiers est pure et simple. Or, les consentements complets, qui sont respectivement l'objet et la condition suspensive de l'obligation de notification au bénéficiaire, ainsi que l'objet de l'obligation de non-notification à un tiers, sont dans les sources existantes définis identiquement. Plus précisément, ces consentements peuvent être définis par les parties en visant un même contrat (par exemple la vente), ou plusieurs contrats déterminés par leurs noms (par exemple, la vente, l'échange et la donation), ou par leurs effets abstraits (comme l'effet translatif de propriété), ou par ces deux données. Dans ces cas, l'obligation de non-notification à un tiers sera violée par la notification à un tiers d'un consentement à ce contrat spécial, laquelle violera simultanément l'obligation de notification au bénéficiaire.

Plus rarement, l'obligation du pacte de préférence de notifier un consentement complet ne comporte pas de condition suspensive de manifestation de ce consentement, mais comporte un terme suspensif ou une condition suspensive différente (dont la réception d'un consentement d'un tiers). Dès lors, avant la survenance de ce terme ou de cette condition, la notification d'un consentement à un tiers viole l'obligation de non-notification de consentement à un tiers si ce consentement entre dans l'objet de celle-ci, mais ne viole pas l'obligation de notification d'un consentement au bénéficiaire. Puis, après la survenance de ce terme ou de cette condition, la notification au tiers de ce consentement est une violation des deux obligations du pacte de préférence.

Ensuite, les sources existantes n'envisagent guère la possibilité intéressante en pratique de définir de manière différente les consentements visés par ce pacte de préférence.

Généralement, l'obligation de notification d'un consentement au bénéficiaire est sous la condition suspensive de manifestation d'un consentement par le promettant. Or, les consentements complets qui sont respectivement l'objet et la condition suspensive de l'obligation de notification au bénéficiaire, ainsi que l'objet de l'obligation de non-notification à un tiers peuvent être définis différemment. *Primo*, il est parfois intéressant de définir plus largement le consentement dont la notification à un tiers est interdite que le consentement constituant l'objet et la condition suspensive de l'obligation de notification. Par

exemple, le promettant est obligé ne pas notifier à un tiers un consentement à la vente, à l'échange ou à la donation d'un bien, mais il est obligé de notifier au bénéficiaire seulement un consentement à la vente de ce bien, sous condition de manifester celui-ci. Par suite, la notification à un tiers d'un consentement qui ne doit pas lui être notifié en vertu de l'obligation de non-notification est une violation de cette dernière, mais n'est pas nécessairement une violation de l'obligation de notification de consentement au bénéficiaire si le consentement notifié au tiers n'est pas celui dont la manifestation est la condition suspensive de l'obligation de notification. *Secundo*, il est parfois intéressant de définir plus largement le consentement objet de l'obligation de non-notification et constituant la condition suspensive de l'obligation de notification, que le consentement objet de l'obligation de notification. Par exemple, le promettant est obligé ne pas notifier à un tiers un consentement à la vente, à l'échange ou à la donation d'un bien, mais il est obligé de notifier au bénéficiaire seulement un consentement à la vente de ce bien, sous condition de manifester un consentement à un contrat de vente, d'échange ou de donation de ce bien. Par suite, la manifestation du consentement dont la notification aux tiers est interdite viole l'obligation de non-notification si elle est suivie d'une notification à un tiers et rend exigible l'obligation de notification d'un consentement au bénéficiaire, dont l'absence de notification viole cette deuxième obligation.

Plus rarement, l'obligation du pacte de préférence de notifier un consentement complet ne comporte pas de condition suspensive de manifestation de ce consentement, mais peut comporter un terme suspensif ou une condition différente de la condition suspensive précitée. Dès lors, avant la réalisation de cette condition, la notification d'un consentement à un tiers viole l'obligation de non-notification de consentement à un tiers si ce consentement entre dans l'objet de celle-ci, mais ne viole pas l'obligation de notification d'un consentement au bénéficiaire. Puis, après la réalisation de cette condition, si le consentement à ne pas notifier au tiers est défini plus largement que celui à notifier au bénéficiaire, la violation de l'obligation de non-notification au tiers n'emporte violation de l'obligation de notification au bénéficiaire que si le consentement entre dans l'objet de cette obligation de notification.

En somme, l'inexécution directe du pacte de préférence n'est pas homogène, parce que l'obligation de notification d'un consentement au bénéficiaire n'est pas toujours violée par le fait constituant une violation de l'obligation de non-notification de consentement au tiers, lequel peut être un consentement contenu dans une offre du contrat promis, ou une offre de ce

dernier mal qualifié en promesse synallagmatique de ce contrat¹, ou dans une promesse unilatérale de contrat contenant un consentement².

653. L'inexécution indirecte. Cette inexécution indirecte est peu évoquée.

D'abord, la détérioration de la chose promise par le pacte de préférence donnait lieu selon la doctrine à réparation³, ou était sans incidence sur le pacte⁴. Or, cette détérioration et la destruction de la chose ne sont pas une inexécution directe de l'une des deux obligations du pacte de préférence. Néanmoins, il est possible de soutenir que la détérioration et la destruction de la chose sont contraires aux suites que l'équité attache à cette obligation, selon l'ancien article 1135 et l'article 1194 du Code civil, en créant une discordance entre l'état de la chose existant en réalité et la chose décrite dans le contrat promis, sauf si l'obligation de notifier un consentement a pour condition suspensive non réalisée la manifestation de ce consentement par le promettant, qui reste libre de détériorer ou détruire sa chose. Or, face à la détérioration de la chose, le bénéficiaire peut décider de ne pas manifester son consentement au contrat promis et le cas échéant invoquer l'exception d'inexécution afin de ne pas verser la somme due au promettant en contrepartie de la notification, alors son absence de conclusion du contrat promis ne lui coûte rien ; après la conclusion du contrat promis sans connaissance de la détérioration, ce bénéficiaire peut invoquer une erreur sur une qualité essentielle de la chose pour obtenir l'annulation du contrat promis. Parallèlement, le bénéficiaire peut aussi demander réparation de rares préjudices en lien de causalité avec cet irrespect des suites équitables de l'obligation de notification : la déception et l'atteinte à la considération.

Ensuite, il est possible de voir des inexécutions indirectes du pacte de préférence par violation des suites équitables de l'obligation de notification d'un consentement, dans la conclusion d'un bail rural d'un bien ouvrant un droit de préemption alors qu'il existe un pacte de préférence pour la vente de ce bien⁵, le changement en terrain à bâtir d'une parcelle de

¹ Cass. 3^e civ., 25 mars 2009, n° 07-22.027 : Bull. civ., III, n° 68 ; RDC 2009, p. 991, obs. Y.-M. Laithier ; RTD civ. 2009, p. 337, obs. P.-Y. Gautier ; RTD civ. 2009, p. 524, obs. B. Fages ; D. 2010, pan. 224, obs. S. Amrani Mekki ; Dr. et patr., juill. 2009, p. 84, obs. L. Aynès et P. Stoffel-Munck ; RLDC 2009/60, n° 3412, obs. V. Mauger ; Defrénois 2009, 1276, obs. É. Savaux ; RTD civ. 2009, p. 337, obs. P.-Y. Gautier.

² Cass. 3^e civ., 6 déc. 2018, n° 17-23.321 : RDC 2019, p. 20, obs. Y.-M. Laithier ; RTD civ. 2019, p. 96, obs. H. Barbier ; RLDC 2019, n° 170, n° 6186, note J.-B. Tap ; D. 2019, p. 294, obs. S. Tisseyre ; D. 2019, p. 279, obs. M. Mekki ; JCP G 2019, 183, n° 3, obs. G. Loiseau ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 66 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 389 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 59 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 227.

³ J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 79.

⁴ M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 465.

⁵ Cass. 3^e civ., 10 mai 1984, n° 82-17.079 : Bull. civ. III, n° 96 ; JCP G 1985, II, n° 20328, note M. Dagot ; RD imm. 1985, p. 74, obs. P. Malinvaud et B. Boubli ; Cass. 3^e civ., 1^{er} avr. 1992, n° 90-16.985 : Bull. civ. III, n° 116 ; D. 1993, jurispr., p. 165, note A. Fournier ; Defrénois 1993, art. 35436, note J.-M. Olivier ; RTD civ. 1993, p. 347, obs. J. Mestre ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 581 ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 545 et s. ; M. Fabre-Magnan, *Droit*

labour¹, ou le changement d'affectation d'un immeuble². Dans ces cas, le bénéficiaire peut demander réparation du préjudice de déception et obtenir la nullité de l'acte juridique constituant une inexécution indirecte pour illicéité du mobile contraire à la force obligatoire.

654. L'inexécution du pacte de préférence pour une vente. La réforme de 2016 n'a pas répondu à la question de savoir si un pacte de préférence concernant la vente d'une chose est violé par des notifications de consentement à des actes aux effets abstraits ou éléments concrets différents de ceux contenus dans le consentement à ne pas notifier.

De façon générale, selon les sources antérieures à 2016, le pacte de préférence relatif à la vente d'un bien ne concerne pas³, ou peut concerner l'échange⁴, n'intéresse pas⁵, ou peut intéresser l'apport en société⁶, et ne concerne pas la donation⁷, et le partage⁸. En effet, si un pacte de préférence crée une obligation de notifier au bénéficiaire un consentement complet à une vente d'un bien, sous condition de manifestation de ce consentement, et une obligation de ne pas notifier à un tiers un consentement complet à la vente de ce bien, la notification d'un consentement à un échange, un apport en société, une donation ou un partage de ce bien ne déclenche pas l'exigibilité de l'obligation de notifier au bénéficiaire un consentement à la vente de ce bien et ne viole pas l'obligation de non-notification à un tiers d'un consentement à

des obligations, t. 1, PUF, 2012, 3^e éd., p. 237 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 115 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015, n° 58 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 192 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Pacte de préférence*, 2019, n° 49 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 224 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 76.

¹ Cass. 3^e civ., 2 juill. 1974, n° 73-10.380 : Bull. civ. III n° 283 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 115 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Pacte de préférence*, 2019, n° 46.

² Cass. 3^e civ., 30 nov. 1982, SCI Les Tamaris : inédit ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Pacte de préférence*, 2019, n° 46.

³ J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 69 ; J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 38 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 418 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 755 et s. ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 66 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 76.

⁴ M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 755 et s. ; Cass. com., 7 mars 1989, n° 87-17.212 : Bull. civ. IV, n° 79 ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 542 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 115.

⁵ J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 418 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 820 et s. ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 542 ; Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-21.037 : Bull. civ. IV, n° 173 ; RTD com. 2010, p. 140, obs. C. Champaud et D. Danet ; LPA, 19 avr. 2010, n° 77, p. 17 ; D. 2010, p. 148, obs. A. Lienhard ; Rev. sociétés 2010, p. 291, note H. Le Nabasque ; Bull. Joly 2010, p. 486, n° 97, note D. Poracchia ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 66 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 224 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 192.

⁶ A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 115 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Pacte de préférence*, 2019, n° 47.

⁷ J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 69 ; J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 36 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 418 ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 542 ; Cass. com., 17 mars 2009, n° 08-11.268, Inédit : Bull. Joly 2009, p. 847, note B. Saintourens ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 115 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 192 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 66 ; C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 224 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 76.

⁸ M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 774 et s. ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 66.

cette vente. En revanche, il en irait autrement pour l'obligation de notifier au bénéficiaire un consentement à la vente de ce bien, si celle-ci avait pour condition suspensive la manifestation d'un consentement à une vente et à un autre contrat englobant celui auquel un consentement est notifié à un tiers. De même, l'obligation de ne pas notifier de consentement à un tiers serait violée si elle englobait ce consentement notifié à un tiers.

En particulier, l'enchère volontaire implique le consentement du vendeur à la vente, mais ce dernier n'a pas le droit de notifier un consentement à la vente à un tiers, donc une vente conclue avec des enchères volontaires est l'inexécution du pacte de préférence, contrairement à l'enchère forcée, même si cela est débattu¹.

Parallèlement, les sources sont indécises et la réforme de 2016 ne s'est pas prononcée pour le consentement dont les éléments concrets sont un peu différents de ceux du consentement à ne pas notifier. *Primo*, pour la doctrine, le pacte de préférence relatif à la vente d'un bien ne concerne pas la vente de l'usufruit de ce dernier², ou la concerne peut-être³, et concerne certainement ou peut-être la vente de la nue-propiété⁴. *Secundo*, selon la doctrine, le pacte de préférence relatif à la vente d'un bien ne concerne pas la vente d'une partie de ce bien⁵, ou concerne la vente d'une fraction issue de la division de ce bien⁶. *Tertio*, selon les sources existantes le pacte de préférence relatif à la vente d'un lot d'un immeuble peut concerner la vente de l'immeuble⁷. *Quarto*, pour la jurisprudence, le pacte de préférence relatif à la vente d'un bien, comme un pré, n'interdit pas une vente plus large, de ce bien et d'un autre, comme une maison, sauf fraude, mais oblige ou permet de proposer cette vente plus large au bénéficiaire⁸. Or, si le pacte de préférence évoque la vente d'un bien, sans autre précision, l'obligation de ne pas notifier à un tiers de consentement à la vente de ce bien n'est pas violée en elle-même, par la notification à ce tiers d'un consentement à la vente de l'usufruit ou de la nue-propiété de ce bien, d'un autre bien contenant le premier, ou d'un autre bien et de ce

¹ J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 71 ; J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 39 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 418 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 787 et s. ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 542 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 115 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 65.

² J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 38 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 683.

³ A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 115.

⁴ J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 38 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 682 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 115.

⁵ J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 39 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Pacte de préférence*, 2019, n° 46.

⁶ M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 699.

⁷ Cass. 3^e civ., 19 juin 1970, n° 69-11.499 : Bull. civ. III, n° 436 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 418 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Pacte de préférence*, 2019, n° 46 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 68.

⁸ Cass. 3^e civ., 15 déc. 1971, n° 70-13.755 : Bull. civ. III, n° 635 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 702 et s. ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 68.

bien. En effet, ces consentements sont différents de celui dont la notification est interdite à un tiers. Dès lors, en l'absence d'inclusion dans l'objet de l'obligation de non-notification de ces consentements différents, il n'y a pas lieu d'interdire leur notification à un tiers. Par conséquent, la rédaction d'un pacte de préférence doit tenir compte de cela et préciser si l'obligation de non-notification englobe ces divers consentements.

Ainsi la définition de l'inexécution du pacte de préférence n'est pas très étudiée ; inversement, les remèdes à celle-ci furent très débattus jusqu'à 2016.

2. L'évolution des remèdes à l'inexécution du pacte de préférence

655. La jurisprudence de 1804 à 2006. La jurisprudence était très diverse avant 2006. D'abord, la jurisprudence du XIX^e siècle était homogène et approuvée en doctrine¹ : elle réparait l'inexécution d'un pacte de préférence par des dommages-intérêts, sur le fondement généralement de l'article 1142², ou rarement de l'article 1382³, du code de 1804.

Ensuite, deux arrêts de la Cour de cassation du 15 avril 1902⁴, et du 12 janvier 1926⁵, approuvèrent la nullité de la vente conclue en violation du pacte de préférence et la condamnation à la réalisation de la vente sous peine de valoir vente, parce que le tiers était de mauvaise foi ou fraudeur. Or ces mesures étaient intéressantes, mais ne mentionnaient pas de fondement et ne justifiaient pas les conditions posées.

Par ailleurs, des décisions de 1906 et 1929, approuvées par des auteurs⁶, prononçaient la nullité du contrat conclu en violation du pacte de préférence, seule ou accompagnée de dommages-intérêts, sur le fondement des articles 1167 et 1382 du code de 1804, pour fraude ou pour faute⁷. Certes, la responsabilité délictuelle du tiers était engageable, sur le fondement de l'ancien article 1382, afin d'allouer des dommages-intérêts pour réparation des rares préjudices causés par l'inexécution du pacte de préférence. En revanche, l'action paulienne de l'ancien article 1167 n'était pas adaptée, comme cela fut noté⁸, parce qu'elle exige une

¹ C.-S. Zachariae, *Cours de droit civil français*, t. 2, 1839, p. 504 ; R.-T. Troplong, *De la vente*, 1844, n° 132 ; *Les codes annotés de Sirey, code civil*, vol. 1, 1847, p. 421, note 1589-8 ; L. Guillaud, *De la vente et de l'échange*, t. 1, 1889, n° 60 ; P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896, p. 87 ; C. Beudant, *Cours de droit civil français, La vente et le louage*, 1908, n° 304 ; H. Lalou, *Les pactes de préférence*, D. H., 1929, chron. p. 41.

² CA Grenoble, 23 mai 1829 : S. 1829, 2, p. 177 ; Cass., 9 juill. 1834 : S. 1834, 1, p. 741 ; CA Colmar, 3 déc. 1838 : S. 1839, 2, p. 207 ; CA Limoges, 1^{er} juill. 1840 : S. 1841, 2, p. 8 ; CA Agen, 1^{er} févr. 1869 : S. 1869, 2, p. 141.

³ CA Toulouse, 17 mai 1880 : S. 1880, 2, p. 322 ; J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 72 et s.

⁴ CA Limoges, 5 juin 1899 : S. 1901, 2, p. 113 et s. ; Cass. req., 15 avr. 1902 : DP 1903, 1, p. 38 ; S. 1902, 1, 316.

⁵ Cass. Req., 12 janv. 1926 : DH 1926, p. 116.

⁶ L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873, p. 95 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 12, *De la vente et de l'échange*, 1900, n° 71.

⁷ CA Nancy, 4 avr. 1906 : S. 1906, 2, 241 ; Cass. civ., 13 nov. 1929 : D. P. 1929, 1, p. 131.

⁸ P. Meurisse, *La promesse unilatérale de vente et la rescision pour cause de lésion*, th. Paris, 1925, p. 16 ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 224.

insolvabilité généralement absente en matière de pacte de préférence.

Puis, entre le milieu et la fin du XX^e siècle, se succédèrent des arrêts, correspondant à des idées doctrinales¹, et évoquant l'annulation du contrat conclu en violation du pacte de préférence, en cas de bonne foi selon un arrêt isolé², et selon les autres pour fraude³, ou mauvaise foi⁴, car sans ces dernières, des dommages intérêts s'appliquaient par la responsabilité civile. Néanmoins, cette annulation n'avait pas de fondement clair. Certes, la responsabilité contractuelle était invoquée, mais elle crée une obligation de réparation des conséquences de la faute, donc elle ne permet pas d'anéantir cette faute.

Enfin, à la veille de 2006, la jurisprudence refusait en vertu de l'ancien article 1142 du Code civil la substitution du bénéficiaire dans le contrat conclu avec un tiers en fraude⁵.

656. La doctrine de 1804 à 2006. La doctrine proposa des remèdes à l'inexécution du pacte de préférence parfois différents de ceux retenus par les juges jusqu'en 2006.

D'abord, des monographies étudiant le pacte de préférence affirmaient que la réparation de sa violation devait s'opérer par une ou plusieurs des mesures que sont la nullité du contrat violant le pacte, la substitution dans ce dernier, la conclusion du contrat promis, ou des dommages-intérêts⁶. *Primo*, de façon générale, les responsabilités contractuelle et délictuelle ne créent que des obligations de réparer les rares préjudices causés par la violation du pacte de préférence. Or, une obligation de réparation des conséquences d'une faute ne s'attaque pas à l'existence de cette faute. Par suite, l'obligation de réparer la conséquence dommageable d'une faute ayant consisté à conclure un contrat en violation d'un pacte de préférence, ne peut être exécutée sous forme d'anéantissement de cette faute et du contrat violant le pacte, de

¹ F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 24, 4^e éd. 1884, n° 17 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 5, 5^e éd., 1907, p. 56 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923, n° 901 ; J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971, p. 171.

² Cass. 1^{er} civ., 15 déc. 1965 : Bull. civ. I, n° 718.

³ Cass. civ., 5 mars 1951, Société Ciné-Sud : inédit ; Cass. 3^e civ., 15 nov. 1972, n° 71-12.517 : Bull. civ. III, n° 616 ; Cass. 3^e civ., 22 avr. 1976, n° 74-15.098 : Bull. civ. III, n° 165 ; Cass. 3^e civ., 26 oct. 1982, n° 81-11.733 : Bull. civ. III, n° 208 ; Cass. 3^e civ., 24 juin 1998, n° 96-16.711 : inédit ; Cass. 3^e civ., 10 févr. 1999, n° 95-19.217 : Bull. civ., III, n° 37 ; JCP G 1999, II, 10191, note Y. Dagorne-Labbe ; RTD civ. 1999, p. 856, obs. P.-Y. Gautier ; RDI 1999, p. 316, obs. F. Collart Dutilleul ; RTD civ. 1999, p. 616, obs. J. Mestre ; JCP N 2000, 522, obs. C. Bourrier.

⁴ Cass. 1^{er} civ., 20 fév. 1962 : Bull. civ. I, n° 116.

⁵ Cass. com., 7 mars 1989, n° 87-17.212 : Bull. civ. IV, n° 79 ; JCP G 1989, II, 21316, note Y. Reinhard ; D. 1989, jurispr. p. 231, concl. M. Jéol ; Rev. sociétés 1989, p. 478, note L. Faugerolas ; RTD civ. 1990, p. 70, obs. J. Mestre ; Cass. 3^e civ., 30 avr. 1997 : Bull. civ. III, n° 96 ; Contrats, conc., consom. 1997, comm. 129, obs. L. Leveneur ; JCP G 1997, II, 22963, note B. Thullier ; Defrénois 1997, p. 1007, obs. P. Delebecque ; RTD civ. 1997, p. 673, obs. P. Jourdain ; RTD civ. 1997, p. 685, obs. P.-Y. Gautier ; D. 1997, p. 475, note D. Mazeaud ; RTD civ. 1998, p. 98, obs. J. Mestre ; Ch. Atias, *La substitution judiciaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi*, D. 1998, p. 203.

⁶ J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929, p. 107 et s. ; G. Durry, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, th. Paris, 1957, n° 372 et s. et 399 et s. ; P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 225 et s. ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 425 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 1010 s., n° 1022 et s. et n° 1069 et s. ; RTD civ. 1990, p. 70, obs. J. Mestre ; RTD civ. 1997, p. 673, obs. P. Jourdain ; D. 1997, p. 475, note D. Mazeaud.

substitution dans ce contrat ou de conclusion du contrat promis. *Secundo*, la substitution dans le contrat conclu en violation du pacte est contraire à la volonté des parties au pacte de préférence, qui est d'interdire au promettant de conclure avec un tiers.

Par ailleurs, il fut proposé face à la violation du pacte de préférence avec un tiers connaissant le pacte et la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir, d'utiliser le principe *fraus omnia corrumpit* pour prononcer l'annulation du contrat conclu¹, ou pour fonder la substitution seule ou la nullité et la substitution², ou pour rendre une décision valant vente au bénéficiaire³. Or, cet adage ne pouvait être utilisé, en raison de son absence de fondement textuel et de l'imprécision remarquée de ses conditions et de ses effets⁴. En particulier, cet adage ne pouvait fonder une substitution dans le contrat conclu en violation du pacte, parce que si la fraude corrompait le tout, il n'était pas logique de substituer le bénéficiaire dans le contrat conclu, c'est-à-dire dans la fraude.

657. De 2006 à 2016. L'arrêt de la Cour de cassation du 26 mai 2006 affirma que le bénéficiaire d'un pacte de préférence était en droit d'exiger l'annulation du contrat conclu avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, si ce tiers avait eu connaissance, lors de la conclusion de ce contrat litigieux, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, sinon seuls des dommages-intérêts pouvaient être accordés⁵. Par la suite, il fut confirmé à plusieurs reprises et a encore vocation à s'appliquer aux pactes de préférence conclus avant le 1^{er} octobre 2016. Cependant, la nature et le fondement juridiques de cette solution ne sont toujours pas déterminés.

Primo, la substitution était largement présentée en doctrine comme une exécution forcée en nature du pacte de préférence⁶. Or, l'exécution forcée est un mécanisme qui s'attaque à

¹ P. Meurisse, *La promesse unilatérale de vente et la rescision pour cause de lésion*, th. Paris, 1925, p. 16 ; J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 424 ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 667 et s.

² J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 676 et s. ; JCP G 1997, II, 22963, note B. Thullier ; RTD civ. 1997, p. 685, obs. P.-Y. Gautier.

³ RTD civ. 1998, p. 98, obs. J. Mestre.

⁴ J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932, p. 72 et s. ; G. Durry, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, th. Paris, 1957, n° 402.

⁵ Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376 : Bull. civ., ch. mixte, n° 4 ; JCP G 2006, II, 10142, note L. Leveneur ; JCP E 2006, 2378, note P. Delebecque ; D. 2006, p. 1861, note P.-Y. Gautier ; D. 2006, p. 1864, note D. Mainguy ; Contrats, conc. consom. 2006, comm. 153, note L. Leveneur ; RTD civ. 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud ; RDC 2006, p. 1131, obs. F. Collart Dutilleul ; D. 2006, Pan. 2644, obs. B. Fauvarque-Cosson ; JCP 2006, I, 176, n° 1 et s., obs. F. Labarthe ; JCP N, 2006, 1256, note B. Thullier ; JCP N, 2006, 1278, n° 2, obs. S. Piedelièvre ; Gaz. Pal., 2006, n° 248, p. 11, note F. Bérenger ; Gaz. Pal., 2006, n° 208, p. 12, note Y. Dagorne-Labbe ; Defrénois, 2006, 1206, obs. É. Savaux ; RLDC, 2006/30, n° 2173, note H. Kenfack ; LPA, 18 sept. 2006, note H. Houbron ; LPA, 11 janv. 2007, note A. Paulin ; Rev. Sociétés, 2006, 808, note J.-F. Barbière ; Bull. Joly Sociétés 2006, p. 1072, note H. Le Nabasque.

⁶ JCP E 2006, 2378, note P. Delebecque ; D. 2006, p. 1861, note P.-Y. Gautier ; D. 2006, p. 1861, note D. Mainguy ; RTD civ. 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; D. 2006, Pan. 2644, obs. B. Fauvarque-Cosson ; JCP N, 2006, 1256, note B. Thullier ; Gaz. Pal., 2006, n° 208, p. 12, note Y. Dagorne-Labbe ; Defrénois, 2006, 1206, obs. É. Savaux ; LPA, 18 sept. 2006, note H. Houbron ; Defrénois 2007,

l'existence de l'inexécution d'une obligation, afin d'anéantir cette inexécution. Plus précisément, l'exécution forcée de l'obligation de ne pas notifier un consentement à un tiers ne peut consister qu'à anéantir le consentement notifié à un tiers, l'effet de conclusion que ce dernier a produit et donc le contrat conclu avec un tiers : elle ne peut consister à anéantir le seul consentement du tiers, dont la manifestation n'est pas une inexécution de l'obligation de non-notification, laquelle lie le seul bénéficiaire et non le tiers. Parallèlement, l'exécution forcée de l'obligation de notifier un consentement au promettant devait consister pour le juge à se substituer au promettant en insérant dans sa décision l'effet de conclusion que le consentement du promettant devait produire : elle ne pouvait être une décision valant le contrat promis car le bénéficiaire peut vouloir conserver sa liberté de manifester ou non un consentement au contrat promis à l'avenir, s'il ne l'a pas déjà fait.

Secundo, la nullité et la substitution furent ponctuellement fondées sur la réparation¹. Néanmoins, la responsabilité civile ne peut fonder la nullité et la substitution, parce qu'elle oblige à réparer les conséquences de l'inexécution d'une obligation et ne s'attaque pas à l'existence de cette inexécution.

Tertio, la nullité et la substitution furent ponctuellement justifiées par l'adage *fraus omnia corrumpit*². Cependant, cet adage sans fondement textuel a des conditions et des effets imprécis et incertains. Surtout, si la fraude corrompt le tout, il est impossible sur le fondement de cet adage de substituer le bénéficiaire dans ce contrat frauduleux et annulé.

Quarto, la substitution fut justifiée par le fait qu'elle existait dans certains droits de préemption³. Néanmoins, les droits de préemption ne font pas naître comme le pacte de préférence, une obligation de notification de consentement et une obligation de non-notification de consentement. Dès lors, la substitution prévue par quelques textes pour ces droits de préemption ne pouvait être appliquée par analogie au pacte de préférence⁴.

1048, obs. R. Libchaber ; Defrénois 2007, 1048, obs. R. Libchaber ; H. Kenfack, *Le renforcement de la vigueur du pacte de préférence*, Defrénois 2007, p. 1003 ; O. Deshayes, ss dir., *L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008, p. 144 ; T. Piazzon, *Retour sur la violation des pactes de préférence*, RTD civ. 2009, p.433 ; E. Schlumberger, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, th. Paris 1, 2011, Dalloz, 2013, n° 493 et s. ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014, n° 473 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 292 bis ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 120-70.

¹ RTD civ. 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; D. 2006, p. 1861, note P.-Y. Gautier ; T. Piazzon, *Retour sur la violation des pactes de préférence*, RTD civ. 2009, p. 433.

² JCP G 2006, II, 10142, note L. Leveneur ; JCP E 2006, 2378, note P. Delebecque ; Contrats, conc. consom. 2006, comm. 153, L. Leveneur ; RDC 2006, p. 1131, obs. F. Collart Dutilleul ; RLDC, 2006/30, n° 2173, note H. Kenfack ; Defrénois 2007, 1048, obs. R. Libchaber.

³ G. Pillet, *Rep. civ. Dalloz, V° Prémption et retraits*, 2014, n° 132.

⁴ Voir ci-dessus n° 475.

Quinto, comme cela fut noté¹, il n'existait aucun fondement légal pour cette substitution, entendue comme prise de la place du tiers par le bénéficiaire dans un contrat. En réalité, la substitution consacrée par cette jurisprudence est à nos yeux une transmission de contrat par effet d'un jugement, sans aucune autorisation textuelle. Dès lors, elle ne correspond absolument pas à la volonté des parties au pacte de préférence, laquelle concerne la phase de conclusion du contrat promis, donc la sanction de l'inexécution ne peut être la substitution dans un contrat identique au contrat promis et annulé, c'est-à-dire anéanti, car il s'agit d'une transmission de contrat, se situant dans la phase d'exécution du contrat promis.

658. Depuis le 1^{er} octobre 2016. L'inexécution du pacte de préférence conclu à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, le 1^{er} octobre 2016, est régie par l'article 1123 du Code civil, qui prévoit la responsabilité civile applicable à toute inexécution et la nullité ou la substitution applicables seulement lorsque le tiers avait connaissance du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.

Primo, des auteurs semblent saisir la substitution comme une exécution forcée du pacte de préférence². Or, l'exécution forcée d'une obligation s'attaque à l'existence même de l'inexécution. Par suite, pour nous, l'exécution forcée de l'obligation de non-notification de consentement créée par le pacte de préférence consiste à anéantir le consentement notifié au tiers et le contrat conclu avec le tiers. Par ailleurs, un auteur soutient que cette nullité est une réparation en nature du préjudice causé, sur le fondement de la responsabilité civile³, ce qui est erroné car cette dernière oblige à réparer les conséquences de l'inexécution sans s'attaquer à l'existence de cette dernière. Symétriquement, l'exécution forcée de l'obligation de notification créée par ce pacte consiste pour le juge à se substituer au promettant en insérant dans sa décision l'effet de conclusion du consentement que le promettant devait notifier. Ainsi, la substitution n'est pas l'exécution forcée d'une obligation du pacte de préférence.

Secundo, le contrat a été conclu entre le promettant et le tiers, ses obligations figurent dès la conclusion dans les patrimoines de ceux-ci, donc il est impossible de « considérer » qu'il a été conclu entre le promettant et le bénéficiaire comme cela a été proposé⁴.

Tertio, il est impossible de saisir la substitution comme un contrat forcé même si l'idée a été

¹ JCP, 2006, I, 176, n° 1 et s., obs. F. Labarthe.

² O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 166 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 88.

³ M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 85.

⁴ T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 72.

avancée¹, puisque le pacte de préférence oblige le promettant à notifier un consentement, mais la conclusion du contrat promis dépend de la volonté du bénéficiaire, qui peut vouloir rester libre de conclure ce contrat une fois le consentement du promettant reçu.

Quarto, selon certains auteurs, la nature juridique de la substitution se rapproche d'une cession sans en être une, faute de convention, mais serait une prise de position juridique du tiers par le bénéficiaire par l'effet de la loi, dès l'origine, avec effet rétroactif ou non et non translatif². D'ailleurs, la substitution de l'article 1123 a la même qualification que la faculté de substitution dans la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement, laquelle est une cession de contrat mal qualifiée afin d'échapper à l'article 1589-2 du Code civil³. Or, la cession de contrat comporte selon nous deux effets essentiels : un effet de modification de l'identité d'une partie et un effet translatif du contrat. Par conséquent, cette substitution par décision de justice, sur autorisation de la loi avec l'article 1123, n'est pas un contrat de cession en ce sens qu'elle n'est pas un contrat, mais elle produit les deux mêmes effets juridiques que la cession, donc elle est une transmission par décision de justice d'un contrat conclu. En somme, elle est une cession légale et forcée de contrat, donc elle correspond à l'exécution forcée d'un contrat de cession de contrat et non du pacte de préférence. Corrélativement, la substitution ne correspond pas à la volonté des parties au pacte, qui est d'interdire au promettant de conclure un contrat avec un tiers, puisque cette substitution laisse subsister le contrat litigieux et substitue le bénéficiaire dans ce contrat fautif, à un moment qui est postérieur à la conclusion de ce contrat, alors que le pacte de préférence vise la phase de conclusion et l'interdiction de cette conclusion avec un tiers.

En somme, les remèdes à l'inexécution des promesses de contrat créant des obligations de notification de consentement complet en général et du pacte de préférence en particulier, ont évolué fortement de 1804 à 2006. À l'analyse les remèdes à l'inexécution du pacte de préférence formé avant ou depuis le 1^{er} octobre 2016 n'emportent pas notre adhésion.

II. L'analyse des remèdes à l'inexécution du pacte de préférence projetant un consentement

659. La nullité et la substitution sont cumulatives pour les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 et alternatives pour ceux formés à compter de cette date, mais elles n'emportent

¹ P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, n° 25 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 216.

² O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 168.

³ Voir ci-dessus n° 534.

pas l'adhésion par leurs conditions restrictives et leur application (**A**). Parmi les autres remèdes, la responsabilité civile obéit à ses conditions de droit commun, donc rares sont les préjudices en lien de causalité avec l'inexécution du pacte ; dès lors il faut recourir au droit commun de l'exécution forcée en écartant nullité et substitution de l'article 1123 (**B**).

A. Les remèdes de nullité et de substitution contre l'inexécution du pacte de préférence

660. Les conditions de la nullité et la substitution sont identiques et restrictives pour les pactes de préférence quelle que soit leur date de conclusion (**1**) : la première est la connaissance par le tiers du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, qui est rend ces sanctions marginales ; la seconde est l'absence de silence du bénéficiaire lorsqu'existe une demande du tiers de confirmer l'existence du pacte et de l'intention du premier de s'en prévaloir. Mais l'application de ces remèdes, qui est cumulative ou alternative selon que le pacte de préférence a été conclu avant ou à compter du 1^{er} octobre 2016, n'emporte pas notre adhésion (**2**).

1. Les conditions de la nullité et de la substitution

661. La double connaissance et la nature des sanctions. Il n'existe guère d'étude approfondie de la nature juridique de la nullité et de la substitution pour analyser cette condition commune de connaissance par le tiers du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Avant la réforme de 2016, la condition de connaissance du pacte par le tiers était approuvée par la doctrine, au contraire de la condition de connaissance par le tiers de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir de ce pacte, largement critiquée¹. Depuis l'élaboration de la réforme du 10 février 2016, dont le projet ne reprenait que la condition de connaissance du pacte de préférence par le tiers, des auteurs soulignent qu'il est très difficile de prouver les deux connaissances par le tiers du pacte de préférence et de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir et que la première suffisait², mais d'autres affirment

¹ JCP G 2006, II, 10142, note L. Leveneur ; Contrats, conc. consom. 2006, comm. 153, L. Leveneur ; JCP E 2006, 2378, note P. Delebecque ; D. 2006, p. 1861, note P.-Y. Gautier ; RTD civ. 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud ; RDC 2006, p. 1131, obs. F. Collart Dutilleul ; JCP N, 2006, 1256, note B. Thullier ; JCP N, 2006, 1278, n° 2, obs. S. Piedelièvre ; LPA, 18 sept. 2006, note H. Houbron ; LPA, 11 janv. 2007, note A. Paulin ; Rev. Sociétés, 2006, 808, note J.-F. Barbieri ; Bull. Joly Sociétés 2006, p. 1072, note H. Le Nabasque ; Defrénois, 2006, 1206, obs. É. Savaux ; T. Piazzon, *Retour sur la violation des pactes de préférence*, RTD civ. 2009 p.433 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Prémption et retraits*, 2014, n° 132 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014, n° 116 ; *Lamy Droit du contrat*, mai 2015, n° 120-67 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., 2014, Economica, n° 292 bis ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 216 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 79 et s.

² P. Puig, *La phase précontractuelle*, Dr. et patr. n° 258, mai 2016, p. 52 ; H. Le Nabasque, *Les avant-contrats*, Bull. Joly Sociétés 2016, p. 518 ; M. Mekki, *Les contrats préparatoires, principes et clauses contractuelles*, JCP N 2016, n° 1112 ; P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, n° 25 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 257 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-142.

que les deux conditions sont rigoureuses et légitimes pour protéger le tiers de bonne foi¹, ou la sécurité juridique du bénéficiaire au détriment de la force contraignante du pacte².

D'abord, nous pensons que cette condition de connaissance du pacte se justifiait avant la réforme, pour la nullité du contrat violant le pacte de préférence sur le fondement de l'exécution forcée des obligations de ne pas faire, de l'article 1143 du code de 1804, car les actes juridiques réalisés par le débiteur d'une obligation de ne pas faire avec un tiers ne pouvaient être anéantis par exécution forcée que si le tiers connaissait l'existence de cette obligation, sous peine d'une atteinte trop large à la sécurité. Pourtant, la jurisprudence refusait d'y voir une telle exécution forcée d'une obligation de ne pas faire, donc cette nature d'exécution forcée n'est pas reconnue par les textes et la doctrine actuels, alors que la nullité de l'article 1123 ne peut s'expliquer à nos yeux que comme une telle exécution forcée d'une obligation de ne pas faire, donc seule la première condition de connaissance de cette obligation créée par le pacte est justifiée.

Ensuite, la nullité du contrat conclu par le promettant d'une promesse unilatérale de contrat contenant un consentement avec un tiers en violation de celle-ci, qui est prévue par l'alinéa 3 de l'article 1124, est pour nous l'exécution forcée de l'obligation du promettant de ne pas anéantir son consentement contenu dans la promesse, laquelle obligation interdit de rendre la promesse caduque. Or, cette exécution forcée est conditionnée par la seule connaissance par le tiers de la promesse unilatérale, alors que l'exécution forcée de l'obligation de ne pas notifier de consentement à un tiers, créée par le pacte de préférence, est conditionnée par la double connaissance précitée. Ainsi, cette différence n'est pas cohérente comme cela est noté³.

Enfin, à nos yeux, la substitution ne peut pas être vue comme l'exécution forcée de l'obligation de notification, laquelle ne peut consister pour le juge qu'à insérer dans sa décision l'effet de conclusion du consentement que le promettant devait notifier. Par conséquent, l'exigence d'une double connaissance du tiers pour cette substitution n'est pas plus satisfaisante que pour la nullité.

662. La double connaissance et le contenu du pacte. Généralement le pacte de préférence contient une condition suspensive de l'obligation de notifier un consentement au

¹ N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 28 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 48 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 169 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V^o Pacte de préférence*, 2019, n^o 76 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n^o 216 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n^o 249.

² M. Poumarède et D. Savouré, *Les avant-contrats*, Dr. et patrimoine 2016, n^o 262, p. 39 ; F. Chénéde et O. Herrnberger, *Les avant-contrats*, JCP N 2017, n^o 17, 1164 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n^o 227.

³ P. Puig, *La phase précontractuelle*, Dr. et patr. n^o 258, mai 2016, p. 52.

bénéficiaire, alors que l'obligation de ne pas notifier de consentement au tiers est pure et simple. Par suite, tant que le promettant n'a pas notifié son consentement, le bénéficiaire est dans une situation d'attente et n'a pas à manifester la volonté de se prévaloir de l'obligation de ne pas notifier de consentement, afin que cette obligation soit respectée puisque celle-ci exige une abstention du promettant et aucune action du bénéficiaire. Symétriquement, le bénéficiaire n'a pas à manifester de volonté de se prévaloir de l'obligation de notifier un consentement dont la condition n'est pas réalisée. Ainsi, le tiers ne peut normalement connaître l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte de préférence dans cette configuration, puisque le bénéficiaire ne manifeste normalement sa volonté de conclure le contrat promis qu'après avoir reçu le consentement du promettant. Aussi, la doctrine souligne le caractère théorique ou rare de la nullité et de la substitution en raison de cette deuxième condition. De fait, la Cour de cassation confirma cette condition de double connaissance posée par l'arrêt du 26 mai 2006, dont la seconde était au moins absente dans les espèces¹.

663. La double connaissance et la bonne foi. Le rapport officiel sur l'ordonnance de 2016 affirme que cette double connaissance rend le tiers de mauvaise foi, lequel est de bonne foi en l'absence de cette double connaissance. Ainsi le législateur a une conception étonnante de la bonne foi : lorsque le tiers connaît l'existence du pacte de préférence et conclut un contrat avec le promettant, en fait il n'est de bonne foi, mais en droit il est protégé par cette deuxième condition et considéré de bonne foi.

664. La date d'appréciation de la double connaissance. La double connaissance s'apprécie au jour du contrat conclu entre le promettant et le tiers en général et donc de la promesse synallagmatique de vente valant vente en particulier, pour la jurisprudence antérieure², et la doctrine postérieure à la réforme³. Or, c'est à la date de notification du consentement du promettant au tiers que l'obligation de non-notification est violée. De plus, il

¹ Cass. 3^e civ., 31 janv. 2007, n° 05-21.071 : Bull. civ. III, n° 16 ; D. 2007, p. 1297, chron. A.-C. Monge et F. Nési ; D. 2007, p. 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; AJDI 2007, p. 772, obs. F. Cohet-Cordey ; Contrats, conc. consom. 2007, comm. 116, obs. L. Leveneur ; JCP N 2007, 1302, obs. S. Piedelièvre ; H. Kenfack, *Le renforcement de la vigueur du pacte de préférence*, Defrénois 2007, p. 1003 ; Cass. com. 9 juin 2009, n° 08-17.296 ; Cass. 3^e civ., 14 déc. 2011, n° 10-18.105, Inédit.

² Cass. 3^e civ., 25 mars 2009, n° 07-22.027 : Bull. civ. III, n° 68 ; RDC 2009, p. 991, obs. Y.-M. Laithier ; RTD civ. 2009, p. 337, obs. P.-Y. Gautier ; RTD civ. 2009, p. 524, obs. B. Fages ; D. 2010, Pan. 224, obs. S. Amrani Mekki ; Dr. et patr., juill. 2009, p. 84, obs. L. Aynès et P. Stoffel-Munck ; RLDC 2009/60, n° 3412, obs. V. Maugeri ; Defrénois 2009. 1276, obs. É. Savaux ; RTD civ. 2009, p. 337, obs. P.-Y. Gautier.

³ T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 72 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 257 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 169 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V^e Pacte de préférence*, 2019, n° 77 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1107 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 389 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 249 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 59 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 227.

peut exister un laps de temps entre cette notification et celle du consentement du tiers formant le contrat. Dès lors, cette double connaissance doit exister à un moment entre cette notification fautive du promettant et la conclusion du contrat fautif.

665. La preuve de la double connaissance. La preuve est ici délicate.

D'une part, la preuve de la connaissance par le tiers du pacte de préférence est difficile pour la doctrine¹. De façon générale, cette preuve résultera le plus souvent de présomptions de fait, notamment fondées sur les relations existant entre les protagonistes. D'abord, la publication du pacte de préférence au fichier immobilier est facultative en jurisprudence², était débattue avant la réforme de 2016³, et ne permet pas de présumer la connaissance du pacte par le tiers pour la doctrine⁴. Pour autant, cette publication n'est pas privée d'intérêt car le pacte de préférence figure alors au fichier immobilier, donc le tiers connaît nécessairement ce pacte s'il réalise lui-même une demande de renseignements sur l'immeuble, dont le fichier informatisé des données juridiques et immobilières conserve une trace que le juge peut demander. Aussi, le notaire rédigeant l'acte doit indiquer au tiers l'existence du pacte de préférence publié, qu'il connaît lorsqu'il fait une demande de renseignements sur l'immeuble à laquelle l'administration fiscale répond en donnant un état réponse mentionnant le pacte de préférence. Ainsi, le juge appréciant souverainement la connaissance du pacte de préférence par le tiers peut présumer celle-ci à partir de la publication du pacte. Par ailleurs, cette connaissance du pacte de préférence peut aussi être prouvée par d'autres moyens, par exemple, par la preuve de la remise d'un exemplaire du pacte ou par des documents produits au cours de l'instance par le tiers, au vu de la jurisprudence antérieure à la réforme⁵.

D'autre part, la preuve de la connaissance de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte, est encore plus difficile, car au fond cette connaissance n'existe normalement pas, sauf

¹ M. Poumarède et D. Savouré, *Les avant-contrats*, Dr. et patr. 2016, n° 262, p. 39 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 60 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 130 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 228.

² Voir ci-dessus n° 618.

³ JCP E 2006, 2378, note P. Delebecque ; D. 2006, p. 1861, note P.-Y. Gautier ; RDC 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud ; RDC 2006, p. 1131, obs. F. Collart Dutilleul ; JCP, 2006, I, 176, n° 1 et s., obs. F. Labarthe ; JCP N, 2006, 1256, note B. Thullier ; JCP N, 2006, 1278, n° 2, obs. S. Piedelièvre ; RLDC, 2006/30, n° 2173, note H. Kenfack ; LPA, 18 sept. 2006, note H. Houbbron ; LPA, 11 janv. 2007, note A. Paulin ; Rev. Sociétés, 2006, 808, note J.-F. Barbiéri ; RDC 2007, p. 701, obs. D. Mazeaud ; Bull. Joly Sociétés 2006, p. 1072, note H. Le Nabasque ; T. Piazzon, *Retour sur la violation des pactes de préférence*, RTD civ. 2009, p. 433.

⁴ M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations, le pacte de préférence*, JCP N 2016, n° 41, act. 1102 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Pacte de préférence*, 2019, n° 83 et s. ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 229 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 228.

⁵ Cass. 3^e civ., 14 févr. 2007, n° 05-21.814, D. 2007, jurispr. 2444, note J. Théron ; RTD civ. 2007, p. 366, obs. P.-Y. Gautier ; Contrats, conc. consom. 2007, comm. 116, obs. L. Leveneur ; Dr. et patr. 2007, 97, obs. P. Stoffel-Munck ; RDC 2007, p. 701, obs. D. Mazeaud ; Defrénois 2007, 1048, obs. R. Libchaber ; JCP N 2007, 1302, obs. S. Piedelièvre ; JCP G, 2007, II, 10143, note D. Bert ; Dr. sociétés 2007, comm. 63, H. Lécuyer ; RTD civ. 2007, p. 768, obs. B. Fages ; H. Kenfack, *Le renforcement de la vigueur du pacte de préférence*, Defrénois 2007, p. 1003.

circonstances très particulières. De fait, des arrêts constatèrent la présence de cette connaissance, à partir du fait que l'acte notarié mentionnait l'existence d'un litige opposant le bailleur au bénéficiaire, qui avait, à cette occasion, exprimé sa volonté d'acquiescer¹, ou du fait que le gérant de la société promettante était le même que le gérant de la société tierce².

666. La raison d'être de la demande du tiers au bénéficiaire. L'article 1123 du Code civil consacre la possibilité pour tiers à un pacte de préférence, même conclu avant le 1^{er} octobre 2016³, d'une demande au bénéficiaire présumé de confirmer l'existence de celui-ci et son intention de s'en prévaloir, afin de renforcer la position du tiers en lui permettant de clarifier la situation⁴. D'une part, en cas de réponse du bénéficiaire, ce dernier dispose de la preuve de la double connaissance par le tiers précitée, ce qui invite le tiers à ne pas conclure un contrat qui pourra être annulé ou transmis au bénéficiaire⁵. D'autre part, en cas d'absence de réponse du bénéficiaire, le tiers ne peut plus subir la nullité du contrat et la substitution, ce qui garantit la sécurité du contrat conclu avec le promettant⁶.

667. Les qualifications de la demande du tiers. L'expression d'action interrogatoire est très utilisée⁷, mais techniquement il n'y a aucune action en justice ici. Aussi, sont utilisées les expressions de sommation interpellative⁸, ou de mise en demeure interrogatoire⁹, mais

¹ Cass. 3^e civ., 14 févr. 2007, n° 05-21.814, D. 2007, jurispr. 2444, note J. Théron ; RTD civ. 2007, p. 366, obs. P.-Y. Gautier ; Contrats, conc. consom. 2007, comm. 116, obs. L. Leveueur ; Dr. et patr. 2007, 97, obs. P. Stoffel-Munck ; RDC 2007, p. 701, obs. D. Mazeaud ; Defrénois 2007, 1048, obs. R. Libchaber ; JCP N 2007, 1302, obs. S. Piedelièvre ; JCP G, 2007, II, 10143, note D. Bert ; Dr. sociétés 2007, comm. 63, H. Lécuyer ; RTD civ. 2007, p. 768, obs. B. Fages ; H. Kenfack, *Le renforcement de la vigueur du pacte de préférence*, Defrénois 2007, p. 1003.

² Cass. 3^e civ., 3 nov. 2011, n° 10-20.936.

³ M. de Fontmichel, *Les nouvelles actions interrogatoires*, D. 2016, p. 1665 ; M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations, le pacte de préférence*, JCP N 2016, n° 41, act. 1102 ; Rapp. Sénat n° 22, 2017-2018, 11 oct. 2017 ; P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, n° 25 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 51 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 72 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-144 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1109 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 390.

⁴ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 174 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 217-1.

⁵ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 390.

⁶ F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260.

⁷ C. Grimaldi, *Le pacte de préférence et le notariat*, Defrénois 2016, 1067 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 28 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 48 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 258 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 192 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 170 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 4^e éd., 2019, n° 275 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V^e Pacte de préférence*, 2019, n° 86 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1109 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 230 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 131 ; M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021, n° 282 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 78 ; J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021, n° 69 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 389 ; P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n° 162 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 59.

⁸ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 229.

⁹ M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 57 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 85.

techniquement ces idées renvoient plutôt à des mécanismes exigeant l'exécution d'une obligation, alors qu'ici le tiers n'a aucun lien juridique avec le bénéficiaire. Pour finir, beaucoup parlent d'interpellation interrogatoire¹. En réalité, cette demande a la nature juridique d'un fait matériel en tant que manifestation de volonté de recevoir des informations sur l'existence d'un pacte de préférence et sur l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. En revanche, elle n'est pas un fait juridique, parce que la loi n'y attache aucun effet juridique et elle n'est pas un acte juridique contrairement à certaines affirmations², puisqu'elle ne produit aucun effet par elle-même : l'impossibilité de demander la nullité et la substitution est attachée par l'article 1123 au silence conservé par le bénéficiaire.

668. La réalisation de la demande du tiers. Celle-ci pose quatre séries de questions.

Primo, dans son principe, cette demande est une possibilité³, que les parties au pacte de préférence ne peuvent écarter conventionnellement⁴, et dont l'inutilisation peut être une faute⁵, même si aucune sanction spéciale n'est prévue⁶.

Secundo, selon certains cette demande pourrait intervenir après réception par ce tiers du consentement du promettant au pacte de préférence, ce qui est pertinent, et même après la conclusion du contrat litigieux entre le tiers et le promettant⁷, ce qui est impossible car la connaissance du pacte et de l'intention du bénéficiaire s'apprécie avant cette conclusion.

Tertio, l'article 1123 impose l'écrit, mais le tiers doit se constituer une preuve de sa demande et utilisera une lettre recommandée avec avis de réception ou un acte d'huissier⁸.

¹ M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations, le pacte de préférence*, JCP N 2016, n° 41, act. 1102 ; Rapp. Sénat n° 22, 2017-2018, 11 oct. 2017 ; Rapp. AN n° 429, 2017-2018, 29 nov. 2017 ; F. Chénéde et O. Herrnberger, *Les avant-contrats*, JCP N 2017, n° 17, 1164 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-143 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 60.

² M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 57.

³ P. Puig, *La phase précontractuelle*, Dr. et patr. n° 258, mai 2016, p. 52 ; M. Poumarède et D. Savouré, *Les avant-contrats*, Dr. et patr. 2016, n° 262, p. 39 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 28 ; M. de Fontmichel, *Les nouvelles actions interrogatoires*, D. 2016, p. 1665 ; M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations, le pacte de préférence*, JCP N 2016, n° 41, act. 1102 ; C. Grimaldi, *Le pacte de préférence et le notariat*, Defrénois 2016, 1067 ; F. Chénéde et O. Herrnberger, *Les avant-contrats*, JCP N 2017, n° 17, 1164 ; M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 33 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-143 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 258 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 170 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 60.

⁴ M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations, le pacte de préférence*, JCP N 2016, n° 41, act. 1102 ; Rapp. Sénat n° 22, 2017-2018, 11 oct. 2017 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-144.

⁵ M. de Fontmichel, *Les nouvelles actions interrogatoires*, D. 2016, p. 1665 ; M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 33 ; Rapp. Sénat n° 22, 2017-2018, 11 oct. 2017 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-143.

⁶ P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, n° 25 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 258 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 60.

⁷ M. de Fontmichel, *Les nouvelles actions interrogatoires*, D. 2016, p. 1665 ; M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations, le pacte de préférence*, JCP N 2016, n° 41, act. 1102 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 72.

⁸ E. Jeuland, *Les actions interrogatoires en question*, JCP G 2016, 737 ; M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations, le pacte de préférence*, JCP N 2016, n° 41, act. 1102 ; *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, p. 39 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 213.

Quarto, l'article 1123 impose la précision dans cette demande à la fois d'un délai raisonnable pour la réponse et de l'impossibilité pour le bénéficiaire de demander la nullité ou la substitution en l'absence de réponse dans ce délai. Or, ce délai raisonnable devra être assez long pour laisser le bénéficiaire répondre, sinon l'absence de réponse dans ce délai ne privera pas le bénéficiaire de la possibilité de demander la nullité ou la substitution¹. Cependant, des auteurs se sont interrogés sur les points de savoir si la demande du tiers interroge le bénéficiaire sur sa volonté de réclamer l'exécution du pacte ou sur sa volonté de conclure le contrat promis et si cette demande doit préciser le contenu du contrat projeté². D'une part, la demande de confirmation de l'existence du pacte de préférence par le tiers est une demande qui doit décrire tout ou partie de l'obligation de non-notification de consentement à un tiers créée par le pacte de préférence soupçonné. D'autre part, les travaux préparatoires de la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 affirment que la réponse du bénéficiaire n'est pas un consentement l'engageant³. De fait, il ne serait pas logique de considérer que le tiers peut demander au bénéficiaire de manifester son consentement au contrat promis puisque ce bénéficiaire n'est pas obligé par le pacte de manifester ce consentement.

669. La réponse à la demande du tiers. La doctrine s'est interrogée sur le contenu de la réponse exigée du bénéficiaire afin que son silence ne le prive pas de la nullité et de la substitution. Or, les positions doctrinales divergent : une réponse quelle qu'elle soit suffirait⁴, ou il faudrait au moins une réponse du bénéficiaire se réservant le droit de se prévaloir de sa préférence à la réception du consentement du promettant⁵. En effet, l'alinéa 4 de l'article 1123 se contente, pour priver le bénéficiaire de la nullité et de la substitution, de viser l'absence de réponse dans le délai raisonnable. Dès lors, le bénéficiaire peut se contenter de répondre qu'il confirme l'existence d'un pacte de préférence interdisant la conclusion du contrat dont le contenu est décrit totalement ou partiellement par la demande du tiers, et sa volonté d'obtenir l'exécution de ce pacte. À ce titre, une telle réponse peut violer une clause de confidentialité, mais cette dernière ne peut dispenser le bénéficiaire de répondre si celui-ci ne veut pas perdre

¹ N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 28 ; M. de Fontmichel, *Les nouvelles actions interrogatoires*, D. 2016, p. 1665 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 49 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-144 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 229.

² M. de Fontmichel, *Les nouvelles actions interrogatoires*, D. 2016, p. 1665 ; M. Poumarède et D. Savouré, *Les avant-contrats*, Dr. et patr. 2016, n° 262, p. 39 ; F. Chénéde et O. Herrnberger, *Les avant-contrats*, JCP N 2017, n° 17, 1164 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-144 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 174.

³ Rapp. Sénat n° 22, 2017-2018, 11 oct. 2017.

⁴ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 217-1.

⁵ M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations, le pacte de préférence*, JCP N 2016, n° 41, act. 1102.

les sanctions de nullité et de substitution¹. Ainsi, seule l'absence de toute réponse prive le bénéficiaire de la possibilité de demander la nullité du contrat conclu par ce tiers avec le promettant ou la substitution dans ce contrat. Pour autant, cette absence de réponse n'éteint pas le pacte de préférence et le bénéficiaire pourra engager la responsabilité contractuelle du promettant pour la conclusion d'un contrat avec le tiers l'ayant interrogé². En d'autres termes, contrairement à ce qui a pu être soutenu³, le bénéficiaire n'est pas réputé avoir renoncé à sa priorité. C'est pourquoi la privation du bénéficiaire de la possibilité de demander la nullité et la substitution ne peut que viser le contrat conclu par le tiers auteur de la demande et non un contrat avec un autre tiers. Par ailleurs, contrairement à une proposition doctrinale⁴, il n'y a pas mauvaise foi dans l'exécution du pacte de préférence ou dans l'absence de formation du contrat promis, ou contradiction au détriment du tiers, en cas confirmation de la volonté d'obtenir l'exécution du pacte de préférence, suivie de l'absence de conclusion du contrat promis, puisque le bénéficiaire est libre de ne pas conclure le contrat promis en vertu de la liberté contractuelle.

670. L'inopportunité de la demande du tiers. Comme l'ont affirmé de nombreux auteurs, le tiers n'a pas intérêt à utiliser ce mécanisme de demande au bénéficiaire⁵. En effet, si le tiers ne connaît pas l'existence d'un pacte de préférence, il n'a pas de raison d'interroger le bénéficiaire, qu'il ne connaît pas. Inversement, s'il connaît l'existence du pacte de préférence, il n'a absolument pas intérêt à demander au bénéficiaire de confirmer celle-ci et

¹ M. de Fontmichel, *Les nouvelles actions interrogatoires*, D. 2016, p. 1665 ; M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations, le pacte de préférence*, JCP N 2016, n° 41, act. 1102 ; M. Mekki, *Les contrats préparatoires, principes et clauses contractuelles*, JCP N 2016, n° 1112 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 28 ; F. Chénéde et O. Herrnberger, *Les avant-contrats*, JCP N 2017, n° 17, 1164 ; Rapp. Sénat n° 22, 2017-2018, 11 oct. 2017 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 48 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 177 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 258 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-143 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 60 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 217-1.

² M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations, le pacte de préférence*, JCP N 2016, n° 41, act. 1102 ; Rapp. Sénat n° 22, 2017-2018, 11 oct. 2017 ; F. Chénéde et O. Herrnberger, *Les avant-contrats*, JCP N 2017, n° 17, 1164 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 72 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-142 et s. ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 174 et s. ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 73.

³ A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021, n° 85.

⁴ M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations, le pacte de préférence*, JCP N 2016, n° 41, act. 1102.

⁵ H. Le Nabasque, *Les avant-contrats*, Bull. Joly Sociétés 2016, p. 518 ; E. Jeuland, *Les actions interrogatoires en question*, JCP G 2016, 737 ; M. de Fontmichel, *Les nouvelles actions interrogatoires*, D. 2016, p. 1665 ; M. Poumarède et D. Savouré, *Les avant-contrats*, Dr. et patrimoine 2016, n° 262, p. 39 ; *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, p. 39 ; M. Mekki, *Les contrats préparatoires, principes et clauses contractuelles*, JCP N 2016, n° 1112 ; M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 32 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 258 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 49 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-142 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 72 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 176 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V^e Pacte de préférence*, 2019, n° 88 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 131 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 78.

son intention de s'en prévaloir, puisqu'en l'absence de connaissance de cette intention, il ne risque quasiment rien : la nullité et la substitution ne pourront pas être demandées par le bénéficiaire, qui pourra seulement engager la responsabilité délictuelle du tiers pour réparer les seuls préjudices causés par la violation du pacte de préférence, que sont la déception et l'atteinte à l'image. Dès lors, l'intérêt pratique de ce mécanisme est marginal.

Ainsi, les conditions posées par l'article 1123 du Code civil et qui sont communes à la nullité et à la substitution sont draconiennes et rendent marginales ces dernières ; en outre l'application de ces deux sanctions n'est pas satisfaisante.

2. L'application de la nullité et de la substitution

671. La nullité du contrat conclu en violation du pacte de préférence et la substitution du bénéficiaire dans celui-ci sont cumulatives dans la jurisprudence de 2006 applicable aux pactes de préférence conclus avant le 1^{er} octobre 2016, et sont alternatives dans l'article 1123 du Code civil issu de la réforme du 10 février 2016¹, pour les contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2016, mais dans les deux cas cela n'est pas satisfaisant.

672. L'inefficacité intrinsèque du cumul. Avant la réforme, la doctrine critiqua le cumul de la nullité du contrat violant le pacte et de la substitution dans ce contrat anéanti². De façon générale, si la nullité du contrat litigieux est totale, le contrat conclu entre le promettant et le tiers est anéanti totalement. Or, la substitution porte le même nom que la substitution de bénéficiaire dans la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement, qui est une cession de contrat, avec deux effets essentiels de modification de l'identité d'une partie et de transmission des effets du contrat ; donc à nos yeux la substitution

¹ H. Le Nabasque, *Les avant-contrats*, Bull. Joly Sociétés 2016, p. 518 ; D 2016, p. 848, note I. Najjar ; D. Gallois-Cochet, *Réforme du droit des contrats, pactes de préférence et promesses unilatérales*, Dr. sociétés 2016, repère 4 ; M. Poumarède et D. Savouré, *Les avant-contrats*, Dr. et patr. 2016, n° 262, p. 39 ; M. Mekki, *Les contrats préparatoires, principes et clauses contractuelles*, JCP N 2016, n° 1112 ; Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 24 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 214 ; C. Grimaldi, *Le pacte de préférence et le notariat*, Defrénois 2016, 1067 ; M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations, le pacte de préférence*, JCP N 2016, n° 41, act. 1102 ; F. Chénéde et O. Herrnberger, *Les avant-contrats*, JCP N 2017, n° 17, 1164 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 256 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 48 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-142 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 72 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 166 ; D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, n° 192 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 60 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1108 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 88 ; C. Lachièze, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020, n° 228 ; S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021, n° 130 ; N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 77 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 216-1 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 59 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021, n° 227.

² JCP E 2006, 2378, note P. Delebecque ; RDC 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud ; RDC 2006, p. 1131, obs. F. Collart Dutilleul ; JCP, 2006, I, 176, n° 1 et s., obs. F. Labarthe ; JCP N, 2006, 1256, note B. Thullier ; JCP N, 2006, 1278, n° 2, obs. S. Piedelièvre ; LPA, 11 janv. 2007, note A. Paulin ; Rev. Sociétés, 2006, 808, note J.-F. Barbièri ; D. 2007, p. 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; JCP N 2007, 1302, obs. S. Piedelièvre ; JCP G, 2007, II, 10143, D. Bert ; RDC 2007, p. 701, obs. D. Mazeaud ; Bull. Joly Sociétés 2006, p. 1072, note H. Le Nabasque ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015, n° 216.

est une transmission de contrat par effet d'une décision judiciaire. Dès lors, il n'est pas possible de substituer le bénéficiaire au tiers dans un contrat anéanti. Certes, la doctrine a proposé de retenir que la nullité est partielle et concerne l'identité du tiers supprimée, pour permettre la substitution du bénéficiaire au tiers dans le contrat litigieux. Mais la volonté des parties au pacte de préférence est d'interdire au promettant de conclure un contrat avec un tiers et d'imposer à ce promettant de contracter avec le bénéficiaire si le premier décide de contracter, donc cette nullité partielle suivie d'une substitution au stade de l'exécution du contrat promis n'est pas conforme à cette volonté qui concerne la phase de conclusion du contrat promis.

En particulier, quelques auteurs proposèrent de voir dans la nullité, une annulation de l'acceptation du tiers¹, et dans la substitution un constat de la conclusion du contrat par la manifestation de volonté du bénéficiaire de conclure². Cependant, l'offre ou l'acceptation du promettant est l'inexécution de l'obligation de ne pas notifier de consentement à un tiers, donc la nullité en tant qu'exécution forcée de cette obligation ne peut consister qu'à anéantir ce consentement du promettant et la conclusion du contrat, celle-ci ne peut concerner le seul consentement du tiers. Parallèlement le consentement du bénéficiaire au contrat promis ne peut plus rencontrer celui du promettant, qui s'est éteint par conclusion puis a été annulé.

Aussi, la substitution fut définie comme une vente forcée, le juge condamnant le promettant, sous astreinte, à conclure le contrat avec le bénéficiaire³, considérant que le jugement vaut vente au bénéficiaire⁴, ou contraignant le promettant à passer un nouvel acte avec le bénéficiaire⁵. Toutefois, une fois le contrat litigieux annulé, le bénéficiaire doit être dans la position dans laquelle il aurait été si le promettant lui avait notifié le consentement promis, ce qui ne peut se réaliser que par l'insertion de l'effet de conclusion du consentement du promettant par le juge dans sa décision.

673. L'inefficacité extrinsèque du cumul. Pour les pactes antérieurs à la réforme, le cumul de la nullité et de la substitution est impossible pour plusieurs raisons étrangères à lui. D'abord, la publicité d'une décision de nullité et substitution dans un contrat n'est pas prévue par les textes de la publicité foncière ou pour la cession de fonds de commerce. Ensuite, le sort des contrats accessoires au contrat litigieux conclus par le tiers n'est pas

¹ JCP N, 2006, 1278, n° 2, obs. S. Piedelièvre ; Rev. Sociétés, 2006, 808, note J.-F. Barbière.

² Rev. Sociétés, 2006, 808, note J.-F. Barbière.

³ JCP E 2006, 2378, note P. Delebecque ; LPA, 11 janv. 2007, note A. Paulin ; JCP G, 2007, II, 10143, D. Bert.

⁴ LPA, 11 janv. 2007, note A. Paulin ; JCP G, 2007, II, 10143, D. Bert.

⁵ JCP E 2006, 2378, note P. Delebecque.

prévu, qu'il s'agisse du prêt ou des sûretés notamment. De fait, ces contrats ne sont pas caducs puisque la caducité est la disparition d'une condition d'existence ou de validité empêchant un acte juridique d'être efficace, alors qu'ici ce contrat persiste avec une substitution de contractant ; ils ne sont pas non plus annulés, faute d'irrespect d'une condition de validité, ou résolus en l'absence de clause en ce sens. Parallèlement, les contrats accessoires à ce contrat que doit conclure le bénéficiaire, ne sont pas faciles à former avec ce concept de nullité suivie d'une substitution : par exemple, les banques ne sont pas familières de l'obtention d'un prêt pour financer un contrat annulé puis objet d'une substitution.

Par ailleurs, les impôts payés par le tiers ne sont pas facilement restituables car les textes fiscaux ne prévoient pas ce concept de nullité cumulée avec une substitution, et l'imposition du bénéficiaire n'est pas aisée avec ce concept qui rend difficile l'identification du fait générateur et du redevable des divers impôts.

674. La marginalité de la nullité seule. Selon l'article 1123 la nullité du contrat est une alternative à la substitution, mais cette nullité est marginale.

D'abord, pour certains auteurs, la nullité n'est pas intéressante seule, sauf dans quelques cas¹. Or, cette nullité est à nos yeux une exécution forcée de l'obligation de ne pas notifier un consentement à un tiers. Ainsi, la nullité seule n'a d'intérêt que dans deux cas : lorsque seule l'obligation de ne pas notifier de consentement a été violée et lorsque cette obligation et l'obligation de notifier un consentement au bénéficiaire ont été violées, si le bénéficiaire préfère demander la seule nullité.

Ensuite, des auteurs se sont demandés si la nullité peut être suivie de la conclusion forcée du contrat avec le bénéficiaire, aux conditions initialement prévues par le pacte, mais cette conclusion forcée pose des problèmes pour eux parce que celle-ci reviendrait à placer le bénéficiaire dans la situation du bénéficiaire de la promesse unilatérale de contrat de l'article 1124 permettant la formation forcée². Inversement, selon un autre auteur, la nullité ne doit pas donner de droit subséquent au profit du bénéficiaire à la conclusion du contrat aux conditions prévues par le pacte de préférence parce que le promettant n'a pas émis d'offre en ce sens¹. Or, selon nous, l'exécution forcée de l'obligation de notification d'un consentement au bénéficiaire ne peut consister pour le juge qu'à insérer dans sa décision l'effet de conclusion

¹ H. Le Nabasque, *Les avant-contrats*, Bull. Joly Sociétés 2016, p. 518 ; M. Poumarède et D. Savouré, *Les avant-contrats*, Dr. et patr. 2016, n° 262, p. 39 ; C. Grimaldi, *Le pacte de préférence et le notariat*, Deffrénois 2016, 1067 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2° éd., 2018, p. 167 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 60 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6° éd., 2021, n° 216.

² O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2° éd., 2018, p. 167.

du consentement que le promettant devait notifier au bénéficiaire. Par conséquent, la proposition de ces auteurs de prononcer une conclusion forcée du contrat promis avec le bénéficiaire, après avoir anéanti rétroactivement celui conclu avec le tiers, est techniquement illogique et politiquement inopportune. De fait, le bénéficiaire peut vouloir conserver sa liberté de conclure ou non le contrat promis par le consentement du promettant, dont l'effet de conclusion a été inséré dans la décision du juge.

675. L'impossibilité de la substitution dans un contrat ayant produit ses effets. La substitution seule est souvent inconcevable parce que le contrat conclu entre le promettant et le tiers a généralement produit tout ou partie de ses effets.

D'une part, le plus souvent le contrat conclu est à exécution instantanée. De façon générale, si le contrat est à exécution instantanée et a été exécuté totalement, il s'est éteint, donc il est impossible d'opérer une substitution dans celui-ci pour l'avenir et il est impossible de concevoir une substitution rétroactive du bénéficiaire dans les obligations exécutées par le tiers et donc éteintes par exécution. De même, si un contrat à exécution instantanée a produit une partie de ses effets et notamment si certaines de ses obligations ont été exécutées, la substitution rétroactive dans ce contrat est impossible parce que certains de ses effets ont été produits et certaines de ses obligations ont été exécutées et éteintes. Spécialement, si le transfert de propriété a été réalisé au profit du tiers, qui n'a pas payé le prix, il est impossible de substituer le bénéficiaire dans ce contrat de vente : le bien étant passé dans le patrimoine du tiers, l'effet translatif de propriété est éteint et il n'y aura pas transfert de propriété du patrimoine du tiers vers celui du bénéficiaire, donc il serait illogique de faire du bénéficiaire le nouveau débiteur du prix. En revanche, dans le cas rarissime au moment de la décision relative à la substitution, où aucun effet du contrat à exécution instantanée n'a été produit et aucune obligation de celui-ci n'a été exécutée, la substitution dans ce contrat peut se concevoir en droit civil, sauf si ce contrat a été conclu *intuitu personae*.

D'autre part, plus rarement, le contrat conclu entre le promettant et le tiers est à exécution successive. Or, si ce contrat n'a pas été exécuté du tout, la substitution dans celui-ci peut se concevoir en théorie au plan du droit civil, même si en pratique cette absence totale d'exécution sera très rare. En revanche, si le contrat a été totalement exécuté, ses obligations se sont éteintes par exécution, donc il est éteint et la substitution dans ce contrat éteint est

¹ C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 60.

impossible. Cependant, entre ces deux situations, il y a celle du contrat à exécution successive qui a été exécuté pendant un temps jusqu'à la décision du juge sur la substitution et qui est en cours. Dans ce cas, la substitution du bénéficiaire dans ce contrat pour l'avenir ne pose pas de difficultés. Mais elle ne peut être rétroactive et concerner le passé, parce qu'il est impossible de substituer le bénéficiaire dans des obligations pour le passé durant lequel celles-ci ont été exécutées par le tiers. Par conséquent, cette impossibilité n'est pas conforme à la volonté des parties au pacte de préférence qui est d'interdire au promettant la conclusion d'un contrat avec un tiers et donc d'interdire surtout l'exécution de ce contrat avec un tiers.

676. L'impossibilité de la substitution et l'*intuitus personae*. Si le contrat conclu entre le promettant et le tiers a été conclu en considération de la personne de ce dernier, cela rend normalement impossible la substitution du bénéficiaire dans le contrat, puisque l'*intuitus personae* interdit la transmission du contrat à une personne autre que le tiers.

677. Les contrats accessoires au contrat objet de la substitution. Cette substitution seule pose de sérieux problèmes pour les contrats accessoires au contrat litigieux, dont le prêt bancaire pour le paiement du prix de la vente litigieuse, puisque se pose la question du sort du capital et des intérêts payés jusqu'à la substitution et du sort du solde du prêt. Symétriquement, en pratique, le bénéficiaire a souvent besoin d'un prêt pour financer le contrat dans lequel il est substitué, mais la pratique bancaire n'est pas familière de cette substitution et n'accordera pas facilement de prêt ici. Aussi, le sort des sûretés garantissant l'exécution de ce contrat n'est pas prévu par les textes.

678. La publicité du contrat objet de la substitution. Celle-ci est difficilement concevable seule pour les contrats faisant l'objet d'une publicité à destination des tiers. Ainsi, la vente d'un immeuble n'est opposable aux tiers que si elle est publiée au fichier immobilier. Or, la vente entre le promettant et le tiers a été publiée au nom du tiers. Cependant, la décision prononçant la substitution dans le contrat litigieux n'est pas clairement une décision portant ou constatant entre vifs mutation ou constitution de droits réels immobiliers au sens de l'article 28 du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 régissant la publicité foncière, puisque c'est le contrat qui opère cette mutation. Surtout, en l'absence d'annulation de ce contrat, le droit du tiers reste opposable entre la publication du contrat violant le pacte de préférence et celle de la décision de substitution, alors que le droit du bénéficiaire ne pourrait l'être qu'à compter de cette substitution si ce décret le permettait. Par conséquent, cette substitution de l'article 1123 n'est pas applicable en pratique à la vente d'immeuble.

Dans un autre registre, la cession de fonds de commerce doit être publiée pour être opposable, mais les textes la régissant ne prévoient pas la publication d'une décision de substitution dans une cession de fonds de commerce.

679. La fiscalité et le contrat objet de la substitution. La substitution pose de lourds problèmes fiscaux non prévus par les textes qui n'ont pas évolué pour la prendre en compte. D'abord, les taxes de publicité foncière payées par le tiers au pacte lors de la publication de la vente d'immeuble et les droits d'enregistrement des cessions de fonds de commerce ou de droits sociaux ne sont pas restituables au vu de l'article 1961 du Code général des impôts¹, qui n'évoque pas la substitution au rang des événements ouvrant droit à réclamation. Symétriquement, la décision portant substitution n'est pas expressément mentionnée comme décision pouvant être présentée aux formalités de l'enregistrement et de la publicité foncière et n'est pas une décision transférant la propriété, laquelle peut être présentée à ces formalités. Ensuite, pour la vente, du côté du tiers au pacte et acheteur, qui a pu déduire la TVA payée, et pour le bénéficiaire substitué et souhaitant déduire de la TVA, la substitution rétroactive n'est pas prévue par les textes. Inversement, si le tiers est vendeur ou prestataire de service, il a collecté la TVA, mais la substitution n'est pas mentionnée par l'article 272 du Code général des impôts², parmi les événements permettant de récupérer la TVA sur opérations anéanties puisque cet article vise les opérations résolues ou annulées. Aussi, la substitution rend difficile l'identification du fait générateur et de l'exigibilité de la TVA pour le bénéficiaire. De plus, le 9 de l'article 39 du Code général des impôts permet de déduire l'imposition initiale des plus-values de cession d'actif du résultat de l'exercice durant lequel l'annulation ou la résolution est intervenue³, mais n'évoque pas la substitution, donc ne permet pas au tiers vendeur de récupérer l'impôt payé. Enfin, le tiers acquéreur ne peut se prévaloir de manière certaine de l'article 1404 du Code général des impôts, pour réclamer le dégrèvement de la taxe foncière, parce que cet article et la doctrine administrative visent l'annulation sans jamais prendre en compte la substitution⁴.

Ainsi, la nullité et la substitution sont des remèdes insatisfaisants, qu'elles soient cumulatives ou alternatives ; d'autres remèdes de droit commun doivent être utilisés.

B. Les remèdes de droit commun contre l'inexécution du pacte de préférence

¹ CGI, art. 1961 ; BOI-ENR-DG-70-20-20160614 § 80 et s. ; Doc. experte fisc. F. Lefebvre, Enregistrement, 2021, n° 12570 et 15360.

² BOI-TVA-DED-40-10-20-20170405 ; Doc. experte fisc. F. Lefebvre, TVA, 2021, n° 32315 ; Doc. experte fisc. F. Lefebvre, TVA, 2021, n° 32355 et s.

³ BOI-BIC-PVMV-40-40-20120912 ; Doc. experte fisc. F. Lefebvre, BIC, 2021, n° 5260 et s.

⁴ BOI-IF-TFB-50-10-20120912 n° 230 et s.

680. La responsabilité civile pour inexécution du pacte de préférence peut être engagée dans les conditions de droit commun pour de rares préjudices en lien de causalité avec celle-ci (1), mais c'est le droit commun de l'exécution forcée qui doit être préféré (2).

1. La responsabilité civile de droit commun contre l'inexécution du pacte de préférence

681. Les fautes commises. L'article 1123 du Code civil affirme que le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi en raison de la conclusion d'un contrat par le promettant avec un tiers en violation du pacte de préférence. Ainsi, ceci englobe la faute contractuelle du promettant et les fautes délictuelles de tiers.

En premier lieu, l'article 1123 et ses commentaires ne définissent pas précisément l'inexécution du pacte de préférence. Ainsi, la doctrine évoque la responsabilité du promettant pour cette inexécution, sans autre précision¹, ou en indiquant que celle-ci est contractuelle².

D'une part, l'inexécution directe du pacte de préférence est caractérisée par un fait constituant l'inexécution de ses deux obligations ou de l'une de celles-ci, comme nous l'avons vu³.

D'autre part, l'inexécution indirecte du pacte de préférence résulte d'actes contraires aux suites attachées aux obligations du pacte de préférence par l'équité en vertu de l'ancien article 1135 et de l'article 1194 du Code civil⁴.

En second lieu, la violation du pacte de préférence peut être accompagnée d'une faute délictuelle du tiers contractant avec le promettant ou du professionnel rédigeant le contrat.

D'abord, la faute délictuelle du tiers est définie de façon casuistique⁵, ou par sa complicité⁶, le fait de violer sciemment le pacte⁷, la connaissance par le tiers du pacte seulement⁸, ou aussi de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir⁹. Or, la faute délictuelle étant tout comportement contraire à celui attendu d'un standard, elle est ici le fait pour un tiers de

¹ M. Poumarède et D. Savouré, *Les avant-contrats*, Dr. et patr. 2016, n° 262, p. 39 ; F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019, n° 60 ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Pacte de préférence, 2019, n° 72 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1108 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 389.

² M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations, le pacte de préférence*, JCP N 2016, n° 41, act. 1102 ; C. Grimaldi, *Le pacte de préférence et le notariat*, Defrénois 2016, 1067 ; Rapp. Sénat, n° 22, 2017-2018, 11 oct. 2017 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020, n° 77 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 216 ; C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021, n° 249 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, n° 59.

³ Voir ci-dessus n° 652 et s.

⁴ Voir ci-dessus n° 653 et s.

⁵ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 170.

⁶ M. Poumarède et D. Savouré, *Les avant-contrats*, Dr. et patr. 2016, n° 262, p. 39 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 28.

⁷ Rapp. Sénat, n° 22, 2017-2018, 11 oct. 2017 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 166.

⁸ F. Chénéde et O. Herrnberger, *Les avant-contrats*, JCP N 2017, n° 17, 1164 ; M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 31 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 256 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 4^e éd., 2019, n° 274.

⁹ C. Grimaldi, *Le pacte de préférence et le notariat*, Defrénois 2016, 1067 ; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ,

conclure un contrat avec le promettant en connaissant l'existence d'un pacte de préférence. Ensuite, les travaux préparatoires de la loi de ratification de l'ordonnance de 2016 affirment que le tiers connaissant l'existence du pacte de préférence et omettant de recourir à la procédure de l'action interrogatoire, commet une faute extracontractuelle¹. Enfin, le professionnel rédigeant le contrat conclu par le promettant et le tiers en violation du pacte de préférence peut être amené à connaître l'existence de ce dernier. En pratique, si le notaire omet d'informer le tiers de l'existence du pacte ou l'informe de celle-ci tout en rédigeant le contrat entre le promettant et ce tiers, il commet une faute délictuelle².

682. Les préjudices causés. Il est soutenu que des dommages-intérêts sont dus dès que le promettant ne respecte pas le pacte de préférence³. Mais la vocation de la responsabilité civile n'est pas de sanctionner une faute : elle est de réparer les dommages causés par une faute, donc la seule violation du pacte de préférence ne justifie pas l'allocation de dommages-intérêts. À ce titre, les préjudices en lien de causalité avec les fautes précitées sont rares. De fait, les frais inhérents à la conclusion du pacte de préférence sont antérieurs à l'inexécution de ce dernier et ne sont pas causés par les fautes commises lors de cette inexécution, tout comme les frais antérieurs à cette inexécution exposés en vue de l'exécution de ce pacte, même si la doctrine soutient que ceux-ci sont réparables⁴. Par ailleurs, la conclusion du contrat promis est purement éventuelle en vertu de la liberté du bénéficiaire de manifester son consentement à la suite de la notification de celui du promettant, donc l'exécution du contrat promis est aussi purement éventuelle. Dès lors, le fait de ne pas obtenir le gain attendu du contrat promis n'est pas un préjudice certain même si l'inverse est soutenu⁵ : il n'est pas une perte éprouvée faute d'amoindrissement patrimonial, ou un gain manqué lequel n'est réparé que si sa survenance est normale alors qu'ici le gain est purement éventuel. Aussi, la jurisprudence critiquée⁶, soutient que la perte de chance

2019, n° 60 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 216.

¹ Rapp. Sénat, n° 22, 2017-2018, 11 oct. 2017.

² M. Poumarède et D. Savouré, *Les avant-contrats*, Dr. et patr. 2016, n° 262, p. 39 ; F. Chénéde et O. Herrnberger, *Les avant-contrats*, JCP N 2017, n° 17, 1164 ; N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, p. 28 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, n° 256.

³ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 4^e éd., 2019, n° 273.

⁴ G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz*, V° Pacte de préférence, 2019, n° 73 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code*, Art. 1123, Pacte de préférence, août 2020, n° 77.

⁵ G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz*, V° Pacte de préférence, 2019, n° 73 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code*, Art. 1123, Pacte de préférence, août 2020, n° 77.

⁶ J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix 1997, PUAM, 1997, n° 643 et s. ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz*, V° Pacte de préférence, 2019, n° 73.

d'acquiescer le bien promis était réparable¹ ; mais la chance d'obtenir le gain du contrat promis est purement éventuelle, donc sa perte n'est pas un préjudice certain.

En revanche, la doctrine soutient que le préjudice moral causé par la violation du pacte est réparable² : il s'agit de la déception et de l'atteinte à l'image seules en lien de causalité avec cette violation.

683. Le mode de réparation. Selon certaines sources, le juge devrait protéger « l'intérêt positif » et ordonner le versement de dommages et intérêts au bénéficiaire pour le mettre dans la situation où il se serait trouvé si le promettant lui avait proposé la conclusion du contrat³, ou si le contrat promis avait été conclu⁴. Toutefois, la responsabilité civile crée une obligation de réparer les conséquences dommageables causées par une faute contractuelle ou délictuelle. Ainsi, cette responsabilité s'attaque aux conséquences, d'une part, de la notification à un tiers d'un consentement complet, et d'autre part, de la non-notification au bénéficiaire d'un consentement complet : la réparation du préjudice causé consiste à compenser ce dernier avec des dommages-intérêts. Dès lors, la responsabilité civile ne permet pas, contrairement à l'exécution forcée, de replacer le bénéficiaire dans la situation qui aurait été la sienne si le consentement n'avait pas été notifié à un tiers ou si le consentement lui avait été notifié. *A fortiori*, la responsabilité civile ne permet pas de replacer le bénéficiaire dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été conclu, puisque sa conclusion était purement éventuelle, le bénéficiaire pouvant notifier son consentement ou non.

684. L'inefficacité de la responsabilité civile. À l'analyse, la responsabilité civile n'est pas satisfaisante contre l'inexécution du pacte.

D'abord, la responsabilité civile est le seul remède envisageable contre l'inexécution du pacte de préférence lorsque la nullité et la substitution sont exclues, en raison de l'absence de connaissance par le tiers du pacte de préférence et de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir, ou de l'absence de réponse du bénéficiaire à la demande d'un tiers sur l'existence d'un pacte de préférence et l'intention de celui-là de se prévaloir de ce dernier¹. Or, cette hypothèse est de loin la plus fréquente. En conséquence, dans ce cas le bénéficiaire ne dispose d'aucun remède de l'article 1123 qui soit efficace contre l'inexécution du pacte de préférence, puisque les préjudices en lien de causalité avec cette dernière sont rares et peu réparés.

¹ Cass. 1^{re} civ, 18 avr. 2000, n° 98-13.620 : inédit.

² G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Pacte de préférence*, 2019, n° 73 ; M. Mignot, *JCl. Civil Code*, Art. 1123, *Pacte de préférence*, août 2020, n° 77.

³ Rapp. Sénat, n° 22, 2017-2018, 11 oct. 2017 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 122-142.

⁴ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 170.

Ensuite, comme le note la doctrine, la responsabilité civile peut être engagée en plus de la nullité ou de la substitution lorsque les conditions de ces dernières sont remplies, c'est-à-dire lorsque le tiers avait connaissance du pacte de préférence et de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir². En effet, contrairement à certaines affirmations³, la nullité et la substitution ne réparent pas les préjudices. Symétriquement, il est soutenu en doctrine que la responsabilité civile avec dommages-intérêts peut être préférée à la nullité et à la substitution lorsque leurs conditions sont réunies⁴. Néanmoins, les préjudices réparables sont si peu nombreux qu'il n'existe pas d'intérêt propre à la responsabilité civile.

Enfin, il est possible d'insérer dans le pacte de préférence, une clause pénale, prévoyant en cas d'inexécution le paiement d'une certaine somme à titre de dommages et intérêts. En effet, cela permet de prévoir une évaluation forfaitaire des dommages-intérêts. Toutefois, conformément à l'article 1231-5 du Code civil, le juge peut, même d'office, notamment modérer la pénalité convenue si elle est manifestement excessive. Dès lors, la somme prévue peut être supérieure aux dommages-intérêts prévisibles, mais elle ne doit pas être manifestement excessive, ce qui limite fortement son intérêt en réalité.

Ainsi, la responsabilité civile n'est pas plus que la nullité ou la substitution de l'article 1123 le bon remède à l'inexécution du pacte de préférence ; il faut selon nous recourir à l'exécution forcée de droit commun, qui présente deux aspects concernant chacune des deux obligations de ce pacte et dont l'application est satisfaisante.

2. L'exécution forcée de droit commun contre l'inexécution du pacte de préférence

685. L'explication de l'exécution forcée du pacte conclu avant le 1^{er} octobre 2016.

L'exécution forcée n'était pas interdite de manière générale par l'ancien article 1142 du Code civil et était autorisée par les deux articles suivants, comme nous l'avons vu⁵.

D'une part, l'exécution forcée de l'obligation de ne pas notifier de consentement à un tiers par l'ancien article 1143 du Code civil, consiste à nos yeux à anéantir le consentement notifié au tiers en violation de cette obligation, et donc l'effet de conclusion d'un contrat que ce

¹ Rapp. Sénat, n° 22, 2017-2018, 11 oct. 2017.

² F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 260 ; *Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018, p. 48 ; T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018, p. 72 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 166 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020, n° 1108 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021, n° 216.

³ B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016, n° 214.

⁴ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021, n° 389.

⁵ Voir ci-dessus l'analyse de l'exécution forcée de l'obligation de notifier un consentement n° 648.

consentement a produit, ainsi que le contrat formé avec le tiers. Cependant, il était nécessaire et suffisant pour préserver la sécurité des transactions d'exiger la connaissance par le tiers de cette obligation, sur le fondement de cet article 1143. Malheureusement, la jurisprudence rejetait cet article 1143 pour annuler le contrat conclu en violation du pacte de préférence, au motif erroné de l'absence d'obligation de ne pas faire dans ce dernier¹. Parallèlement, depuis l'arrêt Malvezin de la Cour de cassation, rendu en 1998², afin d'obtenir la nullité d'un acte juridique pour mobile illicite, a disparu l'exigence de connaissance de ce mobile d'une partie par l'autre partie au contrat. Cependant la neutralisation de l'inexécution de l'obligation de ne pas notifier un consentement à un tiers ne peut être fondée sur l'illicéité du mobile du promettant lorsque le tiers ne connaît pas le pacte, parce que certes ce mobile était contraire à l'ancien article 1134 du Code civil consacrant la force obligatoire du contrat, mais cela contournerait l'ancien article 1143 et l'exigence de sécurité juridique.

D'autre part, l'exécution forcée de l'obligation de notifier un consentement au bénéficiaire consiste, conformément aux travaux préparatoires de l'article 1144 du Code de 1804, à faire réaliser par un tiers ce que devait faire le débiteur et donc à nos yeux pour le juge à insérer dans sa décision l'effet de conclusion que devait produire le consentement que le promettant devait notifier.

686. L'explication de l'exécution forcée du pacte conclu depuis le 1^{er} octobre 2016.

Les travaux préparatoires de la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 affirment que l'article 1123 est supplétif, en ce sens que les parties pourraient exclure la sanction de nullité et de substitution³, ce qui est repris en doctrine¹. Or, nous pensons qu'il est intéressant d'exclure la nullité et la substitution de l'article 1123.

D'une part, l'exclusion de la nullité de l'article 1123 permet d'invoquer l'exécution forcée de droit commun, de l'article 1221 du Code civil, sous forme de nullité conditionnée par la seule connaissance de l'existence de l'obligation de ne pas faire. À ce titre, il est préférable, en vertu de la liberté contractuelle, de prévoir cette exécution forcée de droit commun expressément par la clause écartant la nullité de l'article 1123 : dans ce cas le pacte de préférence contient cette nullité et indique que celle-ci est applicable en cas de connaissance

¹ Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 2002, n° 00-13.669 : Bull. civ. I, n° 192 ; D. 2002, IR 2515 ; RTD civ. 2003, p. 107, obs. P.-Y. Gautier ; Gaz. Pal., 2006, n° 208, p. 12, note Y. Dagorne-Labbe ; G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Prémption et retraits*, 2014, n° 128.

² Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998, n° 96-14.359 : Bull. civ. I, n° 285 ; D. 1998, 563, concl. J. Sainte-Rose ; D. 1999, somm. 110, obs. P. Delebecque ; Defrénois, 1998, p. 1408, obs. D. Mazeaud ; Defrénois, 1999, p. 602, note V. Chariot ; JCP, 1998, II, 10202, note M.-H. Maleville ; JCP, 1999, I, 114, n° 1 et s., obs. C. Jamin ; Gaz. Pal., 2000, I, 643, note F. Chabas ; Contrats, conc. Consom., 1999, n° 1, note L. Leveneur ; LPA, 5 mars 1999, note S. Prieur ; D. 1999, chron. 237, O. Tournafond.

³ Rapp. Sénat, n° 22, 2017-2018, 11 oct. 2017.

du pacte par un tiers, donc les intérêts de ce dernier et la sécurité juridique sont préservés comme pour l'annulation du contrat conclu en violation de la promesse unilatérale de l'article 1124. De fait, si le tiers connaît ce pacte, il est opportun politiquement de permettre l'annulation du contrat qu'il a conclu avec le promettant et ce d'autant plus qu'il connaît ou peut être informé de cette clause. En revanche, en cas d'exclusion de la nullité de l'article 1123, il est interdit de demander la nullité du contrat conclu en violation du pacte de préférence pour illicéité du mobile du promettant, contraire au principe de force obligatoire du contrat, même si ce mobile n'est pas connu par le tiers, sur le fondement l'article 1162 du Code civil, parce que cela méconnaîtrait la sécurité des transactions et les intérêts du tiers et contournerait l'article 1221.

D'autre part, l'exclusion conventionnelle de cette substitution n'est à notre avis pas indispensable afin d'invoquer l'exécution forcée de l'obligation de notifier un consentement au bénéficiaire, parce que cette substitution n'est pas une exécution forcée, si bien que le droit commun de l'exécution forcée est applicable. Or, l'exécution forcée de l'obligation de notifier un consentement au bénéficiaire a la forme d'une clause prévoyant l'insertion par le juge dans sa décision, de l'effet de conclusion du consentement que le promettant doit notifier. Néanmoins, par souci de sécurité, il est préférable d'écarter conventionnellement cette substitution, en indiquant que l'exécution forcée de cette obligation de notification consiste pour le juge à insérer dans sa décision l'effet de conclusion du consentement du promettant.

Parallèlement, un auteur s'est interrogé sur l'atteinte par cette exclusion de la nullité et de la substitution au devoir de bonne foi de l'article 1104 du Code civil, et sur l'applicabilité de l'article 1170 de ce code pour réputer non écrite cette clause d'exclusion en raison de la privation de la substance de l'obligation essentielle du promettant². Pourtant, cette exclusion conventionnelle de la substitution et de la nullité ne viole pas la bonne foi dans la formation ou l'exécution du pacte de préférence, et ne prive pas de leur substance les obligations du promettant, puisque les parties sont d'accord pour le faire, mais surtout parce que ces sanctions textuelles sont d'application marginale en raison de leurs conditions et effets.

687. L'application de l'exécution forcée au plan du droit civil. L'exécution forcée de droit commun des deux obligations du pacte de préférence s'adapte civilement aux cas.

¹ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 166.

² M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations, le pacte de préférence*, JCP N 2016, n° 41, act. 1102.

D'abord, le bénéficiaire peut se contenter de demander cette exécution forcée de droit commun sous forme de nullité du consentement du promettant et du contrat prévue par le pacte, ou le doit si seule l'obligation de non-notification a été violée. Mais en dehors de ce dernier cas, il peut aussi demander l'insertion par le juge dans sa décision de l'effet de conclusion du consentement que le promettant devait notifier, et cet effet se produit immédiatement si le bénéficiaire a déjà manifesté son consentement ou plus tard lorsqu'il manifestera celui-ci. Ainsi, avec le couple de la nullité et de l'insertion de l'effet de conclusion dans la décision, il n'existe pas ici la même impossibilité technique au plan du droit civil qui existe avec la substitution. En effet, la nullité permet d'anéantir proprement ce qui a été fait en violation du pacte de préférence, alors que l'insertion de l'effet de conclusion dans la décision permet de mettre le bénéficiaire dans la même situation que si le promettant lui avait notifié le consentement promis. À ce titre, lorsque les deux obligations du pacte ont été violées, si l'obligation de notifier un consentement au bénéficiaire ne définit pas totalement ce consentement, mais le fait partiellement, notamment avec la technique de la fourchette, l'effet de conclusion inséré dans la décision tendra à la conclusion du même contrat que celui qui a été conclu avec le tiers. De fait, cela est conforme à l'exigence d'exécution de bonne foi des contrats, de l'article 1104 du Code civil. Par exemple, si le pacte de préférence interdit la vente d'une maison de Bourron-Marlotte à un tiers et impose au promettant de notifier son consentement à cette vente au bénéficiaire, et si le promettant a conclu avec le tiers un contrat de vente de celle-ci à 700 000 euros, le bénéficiaire ne pourra pas obtenir l'exécution forcée de l'obligation de notifier un consentement à un prix différent. Ensuite, la date de conclusion du contrat promis dépend de celle de manifestation par le bénéficiaire de son consentement et de l'exigibilité de l'obligation du promettant de notifier un consentement au bénéficiaire. Si le bénéficiaire a manifesté son consentement au contrat promis après que l'obligation de notification est devenue exigible mais avant la décision dans laquelle est inséré l'effet de conclusion du consentement du promettant, il est logique de situer la date de conclusion à la date de la décision. Inversement, si le bénéficiaire n'a pas manifesté son consentement au contrat promis lors de la décision, ce qui sera très rare mais possible, le contrat promis sera formé lorsqu'il manifestera ce consentement.

En outre, les contrats accessoires au contrat conclu par le promettant avec le tiers, comme le contrat de prêt, seront caducs en vertu de la loi ou résolus s'ils contiennent une clause de résolution pour anéantissement du contrat principal, alors que les contrats accessoires au

contrat promis seront conclus au moment de la décision.

De plus, les formalités de publicité pour les tiers peuvent être réalisées à la suite de la décision annulant le contrat litigieux et constatant la conclusion du contrat promis. Plus précisément, la publicité foncière de la décision, qui a la forme authentique, pourra être réalisée parce qu'elle est clairement une décision portant ou constatant entre vifs mutation ou constitution de droits réels immobiliers au sens de l'article 28 du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 régissant la publicité foncière. Aussi, la publication au registre du commerce et des sociétés, lorsqu'elle est requise, peut être réalisée.

Néanmoins, comme pour la nullité de l'article 1124, alinéa 3, nous pensons qu'il faudrait créer un référé pour urgence précontractuelle, afin de pouvoir rapidement obtenir du juge la nullité du contrat litigieux et une décision contenant l'effet du consentement promis. Par ailleurs, il serait peut-être intéressant d'agir en amont et de rendre inefficaces par la loi les consentements du promettant et du tiers connaissant le pacte, afin de les empêcher de former le contrat litigieux, qui serait inexistant et dont la nullité n'aurait pas à être demandée au juge.

688. L'application de l'exécution forcée au plan du droit fiscal. Fiscalement, la succession de la nullité et de la conclusion du contrat promis par insertion de l'effet de conclusion dans la décision permet un traitement cohérent.

D'une part, la nullité du contrat conclu avec le tiers permettra aux parties de réclamer par la voie contentieuse la restitution des droits d'enregistrement et taxes de publicité foncière¹, de l'impôt sur la plus-value immobilière², de la TVA³ (laquelle peut être aussi imputée⁴), de la taxe foncière⁵, appliqués à la suite de la conclusion de ce contrat litigieux, dont l'annulation par le juge rouvre le délai général de réclamation⁶. En particulier, l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux et l'impôt sur les bénéfices des sociétés peuvent être déduits du résultat de l'exercice d'annulation⁷, notamment pour la plus-value⁸.

D'autre part, la conclusion du contrat entre le promettant et le bénéficiaire peut être soumise à ces impôts, notamment avec enregistrement ou publication de la décision contenant l'effet de conclusion du consentement du promettant.

¹ CGI, art. 1961 ; BOI-ENR-DG-70-20-20160614 § 80 et s. ; Doc. experte fisc. F. Lefebvre, Enregistrement, 2021, n° 12570 et 15360.

² BOI-RFPI-PVI-10-30-20130211 n° 30 ; Doc. experte fisc. F. Lefebvre, Fiscalité immobilière, 2021 n° 180230 et s.

³ Doc. experte fisc. F. Lefebvre, TVA, 2021, n° 32355 et s. ; CE 9^e-8^e s.-s. 11-5-1994 n° 98309, Cosson : RJF 7/94 n° 789 : BOI-TVA-DED-40-10-20-20170405.

⁴ Doc. experte fisc. F. Lefebvre, TVA, 2021, n° 32315.

⁵ BOI-IF-TFB-50-10-20120912 n° 230 et s.

⁶ LPF, art. R196-1 et R196-2 ; BOI-CTX-PREA-10-30-20140625.

⁷ BOI-BIC-PDSTK-10-10-10-20120912 n° 110 ; Doc. experte fisc. F. Lefebvre, BIC, 2021, n° 5070.

⁸ BOI-BIC-PVMV-40-40-20120912 ; Doc. experte fisc. F. Lefebvre, BIC, 2021, n° 5260 et s.

689. L'application de l'exécution forcée aux autres promesses projetant un consentement. Ces deux exécutions forcées de droit commun de chacune des deux obligations du pacte de préférence sont aussi applicables aux autres promesses de contrat projetant un consentement, sans clause expresse, même si cette dernière assure une sécurité totale. Plus précisément, l'exécution forcée de droit commun de l'obligation de notifier un consentement, sous forme selon nous d'insertion de l'effet de conclusion de ce consentement dans la décision, est applicable à la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement, qui a pour effet essentiel une obligation de notifier un consentement complet, à la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements, qui existe en jurisprudence par exception à l'assimilation avec le contrat promis, mais aussi aux contrats cadres, qui sont des promesses unilatérales ou synallagmatiques de contrat, projetant un consentement, à exécution successive, avec parfois une obligation de ne pas notifier de consentement aux tiers, dont l'exécution forcée est l'anéantissement du consentement notifié à un tiers et du contrat conclu avec lui, sous la condition de la connaissance du contrat cadre.

690. Conclusion sur les quatre promesses de contrat et leurs applications. En somme, même si les sources en français se sont développées au sujet des promesses de contrat depuis plus de quatre siècles, l'existence de quatre promesses de contrat n'a guère été identifiée. Plus précisément, les promesses de contrat projetant un consentement existaient dès l'Ancien Droit et créent une obligation de notifier un consentement complet. Leur version unilatérale n'est plus le contrat qualifié de promesse unilatérale de contrat depuis 1945, alors que leur version synallagmatique est vue comme une exception à l'assimilation de la promesse synallagmatique avec le contrat promis. De plus, leurs applications notables sont le pacte de préférence et le contrat cadre. Or, leur régime est influencé par le caractère futur du consentement à notifier, mais n'est guère déterminé par le Code civil réformé par l'ordonnance du 10 février 2016, sauf pour l'inexécution du pacte de préférence, laquelle n'est pas régie de façon satisfaisante par l'article 1123. Parallèlement, la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement complet, de l'article 1124, fut créée à la suite de l'idée d'avant-contrat de Demolombe de 1868 et sa révocation et son inexécution avec un tiers sont régies par cet article, qui est silencieux pour les autres aspects de son régime. Aussi, la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements complets n'a guère été conceptualisée alors qu'elle est le summum des instruments précontractuels. En définitive, les promesses de contrat mériteraient des dispositions beaucoup plus précises dans le Code civil.

Conclusion

691. L'imperfection des sources relatives aux instruments précontractuels. Ceux-ci ont fait l'objet d'une masse considérable de travaux doctrinaux, de décisions de jurisprudence et même de textes législatifs. En effet, les sources françaises se sont développées pendant plus de quatre siècles pour les promesses de contrat, pendant plus de deux siècles pour l'offre et l'acceptation, et pendant un siècle pour les pourparlers ou négociations. Ainsi, plus de 700 décisions jurisprudentielles et plus de 700 articles doctrinaux sont rattachés à ces instruments précontractuels, dont les différents aspects ont fait l'objet de plus de 100 thèses et ouvrages spécialisés. C'est pourquoi il serait possible de croire que ces instruments précontractuels sont aujourd'hui régis de manière très performante. Pourtant, nous avons démontré que l'équilibre entre liberté et sécurité était très imparfait dans les règles régissant ces instruments avant la réforme de 2016. Initialement le Code civil de 1804 était silencieux à propos de ceux-ci, sauf à l'article 1589, si bien que de nombreux aspects de ces instruments ont été construits par la pratique et la doctrine progressivement, en fonction d'enjeux d'espèce et avec des notions à la terminologie fluctuante et aux définitions souvent floues, sans que la doctrine ne parvienne à systématiser ces instruments. Certes l'ordonnance du 10 février 2016 a amélioré cet équilibre en dédiant à ces instruments les articles 1112 à 1124 du Code civil, qui reprennent les définitions et règles antérieures, sauf lorsque ces dernières étaient très critiquées. Néanmoins, ces définitions et règles sont imparfaites : les choix opérés sont imprécis et de nombreuses questions n'ont pas été traitées même par la loi du 20 avril 2018 de ratification de cette ordonnance, que ce soit pour les pourparlers, l'offre et l'acceptation, ou les promesses de contrat.

692. La *summa divisio* des instruments précontractuels. Notre théorie générale des instruments précontractuels a pour base la définition de la période précontractuelle comme la phase qui est antérieure à la conclusion d'un contrat et qui se manifeste par l'utilisation d'un ou de plusieurs des instruments précontractuels, lesquels présentent quatre caractères¹. *Primo*, l'instrument précontractuel est toujours antérieur à la formation d'un contrat. *Secundo*, il a la

¹ Voir ci-dessus n° 7.

nature d'une volonté, factuelle ou constituant un acte juridique unilatéral ou contractuel. *Tertio*, il est utilisé par une ou plusieurs des futures parties au contrat projeté. *Quarto*, il règle au moins l'un des cinq problèmes que sont : le principe et la date de conclusion, le contenu et la forme du contrat, ainsi que l'identité des parties. Plus précisément, un instrument précontractuel traite au moins l'un de ces cinq problèmes parce qu'il est relatif, soit à un consentement complet, contenu en lui ou postérieur à lui, soit à un consentement incomplet, contenu en lui, ou antérieur ou postérieur à lui. Ainsi, la *summa divisio* des instruments précontractuels oppose ceux relatifs à un consentement complet et ceux concernant un consentement incomplet. De plus au sein de chacune de ces deux catégories, la sous-distinction à retenir oppose les instruments relatifs à des consentements dont les uns sont présents et les autres sont futurs (voir tableau en annexe).

693. La définition préliminaire des conditions de complétude du consentement.

Étant donné que tout instrument précontractuel se rattache à un consentement complet ou à un consentement incomplet, afin de donner la définition ou de constater l'existence d'un instrument précontractuel, il faut déterminer si le consentement auquel ce dernier est relatif, est complet, ou incomplet. Dès lors, dans la partie préliminaire nous avons défini les notions conditionnant la complétude du consentement. En effet, pour savoir si un consentement est précis, complet, les sources existantes utilisent le plus souvent les notions d'éléments essentiels et accessoires, et plus rarement d'autres notions, qui n'emportent pas l'adhésion¹. Or, nous avons distingué parmi les notions permettant de saisir le contenu et la forme des contrats, les notions se situant sur le plan de la définition d'un contrat spécial et les notions conditionnant la complétude d'un consentement.

D'une part, nous avons défini le contenu d'un contrat spécial par les effets essentiels et accessoires à son existence². Plus précisément, l'effet essentiel d'un contrat spécial est un effet caractérisant ce contrat, lequel ne peut exister sans son effet ou ses effets essentiels : il est abstrait car défini par la loi ou par la pratique sans prise en compte des considérations propres à un contrat conclu entre des personnes à une date déterminée ; il peut être une obligation, ou un effet juridique ne constituant pas une obligation. Parallèlement, l'effet accessoire peut être ajouté à l'effet essentiel ou aux effets essentiels de ce contrat spécial, sans que sa présence n'ait de conséquence sur la qualification du contrat et sans que son

¹ Voir ci-dessus n° 11 à 27.

² Voir ci-dessus n° 29 à 38.

absence n'ait de conséquence sur l'existence de ce contrat spécial : il est abstrait aussi et peut être une obligation ou un effet juridique ne constituant pas une obligation. Par exemple, le contrat d'échange a deux effets essentiels qui sont des effets translatifs de propriété d'une chose, et éventuellement un effet accessoire, qui est une obligation de paiement d'une soulte.

D'autre part, nous avons défini les notions conditionnant la complétude d'un consentement qui intéressent le contenu du contrat et sa forme essentiels à la complétude.

Dans un premier temps, un consentement est complet s'il décrit le contenu du contrat de manière suffisamment détaillée pour que le contrat puisse être conclu et exécuté¹. Or, nous avons distingué deux niveaux au plan de la complétude d'un consentement : les effets abstraits et leurs éléments concrets. D'abord, l'effet abstrait essentiel à la complétude du consentement est un effet que l'auteur de ce consentement veut insérer dans le contrat au moment de sa conclusion et sans lequel le consentement est incomplet : cet effet est abstrait et donc saisi sans prise en compte des particularités liées à une situation et au contrat voulu, il peut être une obligation ou un effet ne constituant pas une obligation, il est toujours essentiel à la complétude par la volonté, il peut être seul mais le plus souvent il y a une pluralité de ces effets². Ensuite, il n'est pas indispensable que tous les aspects concrets de chacun des effets abstraits essentiels à la complétude soient déterminés par un consentement, afin que ce dernier soit complet et puisse produire son effet de conclusion pour former un contrat. En effet, seuls certains doivent être déterminés par le consentement afin que ce dernier soit complet : ce sont les éléments concrets essentiels à la complétude, par la loi ou par la volonté³. Par exemple, le contrat d'entreprise a deux effets abstraits essentiels sur le plan de sa définition qui sont une obligation de réaliser une prestation et une obligation de paiement d'un prix : si ces deux effets sont insérés dans un consentement comme effets abstraits essentiels à sa complétude, la quotité du prix n'est pas un élément concret essentiel à la complétude, au contraire de la nature et de la quotité de la prestation.

Dans un second temps, un consentement est complet s'il est manifesté avec la forme essentielle à la complétude, si cette forme existe⁴. Par exemple, la remise de la chose est essentielle à la complétude d'un consentement à un contrat réel, car sans elle, le consentement est incomplet et ne peut produire son effet de conclusion.

¹ Voir ci-dessus n° 39 à 48 et 49 à 87.

² Voir ci-dessus n° 41.

³ Voir ci-dessus n° 42.

⁴ Voir ci-dessus n° 43 à 48.

Ainsi, la *summa divisio* des instruments précontractuels opposant ceux qui sont relatifs à un consentement complet et ceux qui sont relatifs à un consentement incomplet nous a permis de renouveler l'approche des pourparlers ou négociations, de l'offre et de l'acceptation, et des promesses de contrat.

694. L'approche générale des pourparlers dans les sources existantes. Dans la première partie de la thèse, il est apparu que l'ordonnance du 10 février 2016 s'est contentée de reprendre aux articles 1112 à 1112-2 du Code civil, l'approche très globale et unanimement utilisée des pourparlers¹. Plus précisément, les pourparlers sont étudiés en France essentiellement depuis le début du XX^e siècle, mais c'est depuis les années 1970 que les décisions jurisprudentielles et les analyses doctrinales relatives à eux se sont multipliées. Or, ils ont été conçus initialement comme un bloc s'opposant à l'offre et cette conception demeure aujourd'hui. En effet, ils sont envisagés au travers de trois phases : leur initiative, leur déroulement et surtout leur rupture, laquelle est le prisme par lequel les pourparlers sont analysés en cas de contentieux. En particulier, les volontés unilatérales émises lors des pourparlers sont appréhendées par la notion d'invitation à entrer en pourparlers ou négociation, de l'article 1114 : cette notion est résiduelle et définie négativement pour englober toutes les volontés précontractuelles qui ne respectent pas les conditions d'existence de l'offre et de l'acceptation. Plus rarement, les volontés unilatérales émises lors des pourparlers et les contrats régissant ces négociations sont saisis avec des notions floues et polysémiques : la *punctatio* ou punctuation, la lettre d'intention, l'accord de principe, l'accord partiel, le protocole d'accord, l'accord ou le contrat de négociation ou de pourparlers, le contrat préliminaire, ou le contrat temporaire ou provisoire.

En somme l'approche des pourparlers dans le Code civil, en jurisprudence et en doctrine reste largement embryonnaire, même après la réforme de 2016. C'est pourquoi nous avons conceptualisé précisément treize volontés unilatérales et contrats utilisés lors des pourparlers, afin de bien comprendre leur champ et leur régime juridique.

695. La conceptualisation des volontés unilatérales émises lors des pourparlers.

Les neuf volontés unilatérales qui sont manifestées lors des pourparlers sont relatives, soit à un consentement complet, soit à un consentement incomplet. Plus précisément, leur point commun est de ne pas présenter l'une des deux ou les deux conditions d'existence de l'offre que sont d'une part, le fait d'être une volonté de contracter, c'est-à-dire de produire un effet

¹ Voir ci-dessus n° 88 à 91 et 143.

de conclusion, et d'autre part, la précision ou complétude.

D'abord quatre volontés unilatérales émises lors des négociations ne sont pas des volontés de contracter parce qu'elles ne tendent pas vers la production d'un effet de conclusion. *Primo*, la volonté de manifester un consentement complet à l'avenir est très répandue, avec par exemple le projet de contrat à signer à une date déterminée chez le notaire, ou la lettre exprimant un intérêt pour l'éventuel achat d'un produit¹. *Secundo*, la volonté de recevoir un consentement complet est fréquente : c'est par exemple l'appel d'offre de droit public, ou la demande du propriétaire d'un bien de recevoir une offre d'achat de ce dernier². *Tertio*, la volonté de recevoir une information sur un consentement complet est aussi très utilisée : ce peut être une demande d'information par une personne à une autre sur le contrat que cette dernière pourrait conclure pour répondre à un besoin industriel précis³. *Quarto*, la volonté de ne pas manifester un consentement complet est aussi très courante : c'est le refus de contracter, qui peut se situer au début ou au milieu des pourparlers, mais qui est surtout la forme essentielle de rupture des pourparlers⁴.

Ensuite, il est une volonté qui ne présente pas la condition de précision ou complétude de l'offre : c'est le consentement incomplet, dont l'exemple typique est l'annonce de vente d'un bien sans détermination du prix⁵.

Enfin, quatre volontés d'importance très subsidiaire sont la volonté de manifester un consentement incomplet, la volonté de recevoir un consentement incomplet, la volonté de recevoir des informations sur ce dernier et la volonté de ne pas manifester celui-ci⁶.

696. Le régime des volontés unilatérales émises lors des pourparlers. En pratique, pour chaque espèce contentieuse, il faut identifier chacune de ces volontés unilatérales émises lors des négociations et pour chacune il faut se demander si celle-ci constitue une faute extracontractuelle puis si c'est le cas, il faut étudier si celle-ci est en lien de causalité avec un ou plusieurs préjudices certains.

D'abord, les volontés unilatérales précitées, que sont le consentement incomplet, la volonté de manifester un consentement, les volontés de recevoir un consentement ou des informations sur ce dernier peuvent constituer une faute civile délictuelle dans deux cas tout au long des

¹ Voir ci-dessus n° 95 et 96.

² Voir ci-dessus n° 107 et 108.

³ Voir ci-dessus n° 112 et 113.

⁴ Voir ci-dessus n° 100 et 101.

⁵ Voir ci-dessus n° 119 et 120.

⁶ Voir ci-dessus n° 137 à 142.

pourparlers¹. Le premier est celui dans lequel celles-ci sont manifestées avec une impossibilité de contracter qui peut être financière, économique, technique ou juridique. Le second est celui dans lequel celles-ci sont émises sans volonté sérieuse de contracter pour diverses raisons : le contrat projeté a déjà été conclu avec un tiers, leur auteur veut faire perdre du temps et de l'argent à leur destinataire ou obtenir de ce dernier des informations confidentielles, ou leur auteur n'est simplement pas sérieux.

Ensuite, les volontés de ne pas manifester un consentement complet ou incomplet peuvent être fautives². Ponctuellement, elles peuvent se situer au début ou au cours des pourparlers et constituer une faute extracontractuelle, par exemple si elles sont discriminatoires. Le plus souvent, la volonté de ne pas manifester un consentement complet, autrement dit le refus de contracter, est la forme que prend la rupture des pourparlers. Or, cette rupture est fautive en prenant en compte deux séries d'éléments : les premiers sont relatifs aux pourparlers et intéressent leur durée, leur avancement sur l'*iter contractus* (au début duquel se trouvent les consentements les plus incomplets et à la fin duquel se situent les consentements complets), le nombre de volontés unilatérales émises et le montant des frais ; les seconds concernent le refus de contracter lui-même et sa brutalité, son unilatéralité et son absence de motif légitime. Ainsi, ces volontés unilatérales émises lors des pourparlers peuvent constituer une faute extracontractuelle aux différents stades de ces derniers que sont leur initiative, leur déroulement et leur rupture. Or, ce moment de leur manifestation est fondamental pour déterminer les préjudices qui sont en lien de causalité avec ces volontés unilatérales fautives. Plus précisément, durant ces pourparlers la conclusion du contrat est purement éventuelle en vertu de la liberté contractuelle, de manifester un consentement à celui-ci. Dès lors le fait de ne pas obtenir le gain attendu du contrat projeté n'est pas un préjudice certain : il n'est ni un gain manqué lequel n'est réparable que si sa survenance est normale ni une perte laquelle suppose un amoindrissement patrimonial. Symétriquement, la perte de chance d'obtenir la conclusion et l'exécution du contrat projeté n'est pas un préjudice certain étant donné que cette chance est purement éventuelle. En revanche les nombreux frais de négociations peuvent être réparés s'ils sont postérieurs à cette faute et causés par la volonté unilatérale fautive. Par suite, si cette volonté unilatérale fautive se situe au début des pourparlers, tous les frais de négociations, par hypothèse postérieurs à elle, peuvent être en lien de causalité avec elle et

¹ Voir ci-dessus n° 97, 98, 109, 110, 114, 115, 121 et 122.

² Voir ci-dessus n° 102 à 104.

donc réparés. De même, si cette volonté unilatérale fautive est au milieu des pourparlers, les frais de négociations postérieurs à elle peuvent être en lien de causalité avec elle et donc réparés, au contraire des frais de négociations antérieurs à elle. En revanche, la rupture des pourparlers n'est pas en lien de causalité avec les frais de négociations qui sont par hypothèse antérieurs à elle. Pour finir, dans un autre registre, les préjudices de déception et d'atteinte à l'image sont facilement causés par ces volontés unilatérales fautives.

697. Les deux couples de contrats des pourparlers. D'abord nous avons défini deux contrats, unilatéral et synallagmatique, créant une obligation de ne pas anéantir un consentement incomplet, afin d'interdire la remise en cause d'une partie du contenu du contrat sur lequel les parties ont donné leur consentement, sous peine d'engagement de la responsabilité contractuelle¹. Ensuite nous avons proposé deux autres contrats, unilatéral et synallagmatique, créant une obligation de notification de consentement incomplet afin d'imposer une date, une durée, une forme, un contenu et un rôle dans les négociations : l'inexécution de cette obligation peut surtout donner lieu à une injonction².

698. La nature de l'offre. Dans la deuxième partie, il est apparu que l'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas défini la nature juridique de l'offre, sur laquelle la doctrine est très divisée³. Pourtant, cette nature est fondamentale : pour nous, l'offre est un consentement complet ayant la nature d'un acte juridique unilatéral, avec pour effet essentiel, toujours contenu en elle, un effet de conclusion, et pour effet accessoire, pouvant être inséré en elle, une obligation de non-anéantissement⁴. Ainsi, les articles 1113 et suivants régissent le cas très majoritaire de l'offre ne contenant que son effet de conclusion, sans obligation de non-anéantissement insérée dans celle-ci. Plus précisément, cet effet de conclusion contient souvent un terme extinctif sous forme de l'expiration d'un délai fixé par l'offrant (par exemple « offre valable 3 mois ») : ce délai est à nos yeux le délai fixé par l'auteur de l'offre jusqu'à l'expiration duquel la révocation de l'offre est une faute extracontractuelle en vertu de l'article 1116 et au terme duquel l'offre est caduque selon l'article 1117. En revanche, très ponctuellement, l'offre contient en plus de son effet de conclusion, une obligation de ne pas l'anéantir, insérée en elle par la volonté de l'offrant et qui ne doit pas être déduite de la seule existence d'un délai fixé par l'offrant au sens des articles 1116 et 1117 : cette obligation de

¹ Voir ci-dessus n° 124 à 128.

² Voir ci-dessus n° 131 à 135.

³ Voir ci-dessus n° 148 à 158.

⁴ Voir ci-dessus n° 159 à 172, 211 et 212.

non-anéantissement peut avoir pour terme extinctif un délai, qui ne se confond pas avec le délai de ces articles 1116 et 1117 lequel est un terme extinctif de l'effet de conclusion (par exemple « offre valable 2 mois avec obligation de non-anéantissement pendant 1 mois »). De plus, cette obligation de ne pas anéantir l'offre créée par volonté unilatérale doit être distinguée de l'obligation de maintien de l'offre évoquée par le rapport sur l'ordonnance pendant le délai fixé par l'offrant ou un délai raisonnable en vertu de l'article 1116 : cette obligation de maintien est nécessairement d'origine légale et non volontaire, extérieure à l'offre, surtout elle est plutôt un devoir qu'une obligation au sens strict, laquelle est un lien de droit obligeant à faire quelque chose, lequel n'existe pas ici puisque la faute extracontractuelle est un comportement contraire à celui d'un standard qui n'exige pas de violation d'une obligation au sens strict.

699. Les conditions de l'offre. La nature et la définition de l'offre permettent de mieux comprendre ses conditions.

En premier lieu, elles permettent de renouveler l'approche de ses conditions d'existence. D'abord, la distinction des offres expresses et tacites reprise par l'ordonnance à l'article 1113 du Code civil ne renvoie pas à deux formes d'offre : l'idée d'offre expresse désigne la condition d'existence de l'offre qu'est la manifestation du consentement, alors que l'offre tacite est une présomption se situant sur le terrain de la preuve de l'offre, qui n'est pas recevable en principe pour les actes juridiques¹. Ensuite, l'identification de l'effet de conclusion de l'offre permet de la distinguer clairement des autres volontés unilatérales de la période précontractuelle ou étrangères à cette dernière, alors que les articles 1113 et 1114 définissent l'offre comme la volonté de s'engager ou d'être lié². Par ailleurs, les sources existantes exigent le plus souvent la précision du consentement au titre des conditions d'existence de l'offre, mais il faut préférer la notion de complétude du consentement, laquelle permet d'englober la forme ; or, la précision ou complétude de la volonté de contracter ne peut être déterminée avec la notion d'élément essentiel de l'article 1114, qui reste mystérieuse, c'est pourquoi afin d'améliorer la compréhension, nous proposons les notions d'effet abstrait, d'élément concret et de forme essentiels à la complétude³. Enfin, l'antériorité de la volonté de contracter est la dernière de ces conditions⁴. En revanche, la fermeté exigée

¹ Voir ci-dessus n° 176 à 178.

² Voir ci-dessus n° 179 à 183.

³ Voir ci-dessus n° 185 à 186.

⁴ Voir ci-dessus n° 187 à 188.

par toutes les sources n'est pas une condition d'existence autonome de l'offre, puisque les réserves faisant obstacle à l'existence de l'offre sont des cas dans lesquels manque une des quatre conditions précitées¹. Par exemple, la réserve de ratification de l'acceptation dans un bon de commande, ne permet pas de qualifier ce dernier d'offre, parce que ce bon n'est pas une volonté de produire un effet de conclusion, mais est une volonté de recevoir une offre à accepter. De même, sous couvert de la prétendue réserve d'agrément en présence d'un *intuitus personae*, il n'y a qu'un consentement incomplet, auquel manque la qualité de l'acceptant, érigée au rang d'élément concret essentiel à la complétude par l'offrant. Inversement, sous couvert de réserves ne faisant pas obstacle à l'existence de l'offre, il y a la condition suspensive et le terme extinctif de l'effet de conclusion, mais aussi les facultés normales de modifier ou de révoquer l'offre.

En second lieu les autres conditions de l'offre sont mieux comprises avec la nature de celle-ci. Elles sont notamment celles de preuve du contrat offert². En outre, nombre des conditions de validité du contrat sont à respecter lors de la création de l'offre, dont les formes conditionnant la validité du contrat qui ne s'ajoutent pas à la rencontre des consentements comme cela est souvent affirmé mais la précédent en étant le vecteur de manifestation de chaque consentement, donc de l'offre³.

700. L'extinction de l'offre. La définition et la nature de l'offre permettent de bien comprendre le régime de son extinction.

D'abord, son extinction normale est la production de son effet de conclusion : cet effet peut être suspendu par un terme ou une condition mais sans eux, il se produit en même temps que l'acceptation produit le sien, c'est-à-dire depuis la réforme de 2016, lors de la réception de cette acceptation, et avant cette réforme, lors de la manifestation de l'acceptation faute de texte contraire⁴.

Ensuite, les sources existantes voient des causes de caducité de l'offre dans son refus et la contreproposition, mais ceux-ci ne correspondent pas à la définition de la caducité comme extinction d'un acte par disparition d'un de ses éléments essentiels⁵.

Par ailleurs, l'offre s'éteint en cas de survenance du terme extinctif ou de la condition extinctive de son effet de conclusion : le principal terme extinctif de son effet de conclusion

¹ Voir ci-dessus n° 191 à 193.

² Voir ci-dessus n° 204.

³ Voir ci-dessus n° 205.

⁴ Voir ci-dessus n° 211.

⁵ Voir ci-dessus n° 215 et 216.

est le délai fixé par l'offrant et évoqué par les articles 1116 et 1117, alors qu'en l'absence de ce délai l'offre s'éteint à l'expiration d'un délai raisonnable, que nous avons analysé comme une présomption de révocation à la fin de ce délai et non comme une cause de caducité comme le soutient cet article 1117¹. À ce titre, ce terme extinctif de l'effet de conclusion est différent du terme extinctif de l'obligation de non-anéantissement de l'offre insérée dans cette dernière par la volonté de l'offrant : le terme de cette obligation peut être un délai, à distinguer du délai fixé et évoqué par les articles 1116 et 1117.

En outre, l'article 1117 prévoit la caducité de l'offre pour survenance d'une incapacité de l'offrant, mais à l'analyse cette caducité n'existe pas pour toute survenance d'une incapacité : elle n'existe que lorsque l'offrant perd la capacité de conclure le contrat offert².

Enfin, la distinction de l'offre ne contenant que son effet de conclusion et de l'offre contenant ce dernier et une obligation de ne pas l'anéantir, permet de comprendre les autres causes les plus importantes d'extinction de l'offre.

Primo, en vertu des articles 1115 et 1116, le principe est l'efficacité de la volonté de révoquer l'offre contenant son seul effet de conclusion³. Ce principe est atténué par l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'offrant lorsque cette volonté de révoquer est postérieure à la réception de cette offre car cette révocation est alors une faute extracontractuelle. Néanmoins les préjudices certains causés par cette dernière sont rares. En effet, la conclusion du contrat offert est purement éventuelle en vertu de la liberté de révoquer l'offre et de la liberté de l'accepter. Par suite, la perte des avantages attendus du contrat n'est pas un préjudice certain, parce que le fait de ne pas obtenir ces gains n'est ni une perte faute d'amoindrissement patrimonial ni un gain manqué lequel n'est un préjudice certain que si le gain est de survenance normale alors qu'ici, il est purement éventuel. De même, la perte de chance d'obtenir la conclusion et l'exécution du contrat offert, ou d'un contrat avec un tiers, n'est pas un préjudice certain puisque cette chance est purement éventuelle. Dans un autre registre, les frais de négociation, de création de l'offre et de réception de cette dernière, les dépenses pour anticiper le contrat offert, ne sont pas causés par la révocation de l'offre car ils lui sont antérieurs par hypothèse. En revanche, sont réparables les préjudices de déception et d'atteinte à l'image. Parallèlement, l'offrant peut insérer une obligation de non-anéantissement dans son offre : la volonté de révoquer cette dernière est alors inefficace en

¹ Voir ci-dessus n° 218 à 221.

² Voir ci-dessus n° 228 et 230.

³ Voir ci-dessus n° 247 à 262.

vertu du principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat appliqué par analogie à l'offre constituant avec cette obligation un acte unilatéral obligatoire.

Secundo, en vertu de l'article 1117, le principe est la caducité de l'offre par le décès de l'offrant ou de son destinataire, car l'offre perd alors une condition de validité qui est la personnalité juridique et la capacité de contracter de l'offrant ou du destinataire¹. Toutefois, il est possible de déroger à cette règle en insérant dans l'offre une obligation de ne pas l'anéantir : l'offre est alors transmise aux héritiers, sauf *intuitus personae*. La même solution vaut en cas de dissolution.

Tertio, le principe est que la disposition de la chose offerte est libre et rend l'offre caduque, mais l'offrant peut insérer une obligation de non-anéantissement de l'offre interdisant cette disposition pour assurer la sécurité².

701. L'acceptation. La nature juridique de l'acceptation n'a pas été déterminée par la réforme du 10 février 2016. Or nous la définissons comme un consentement complet constituant un acte juridique unilatéral, ayant pour effet essentiel, toujours contenu en elle, un effet de conclusion, et pour effet accessoire, une obligation de ne pas l'anéantir³.

Ainsi, les définitions de l'acceptation dont celle de l'article 1118 sont perfectibles. D'abord, la distinction des acceptations expresses et tacites comme deux formes de manifestation de consentement est reprise à l'article 1113, mais l'idée d'acceptation expresse désigne en réalité la condition d'existence de l'acceptation qu'est la manifestation de la volonté de contracter, alors que l'acceptation tacite est une acceptation présumée, se situant sur le terrain de la preuve, laquelle ne peut être réalisée par présomption en principe pour les actes juridiques⁴. Ensuite, la définition de l'acceptation par l'article 1118 comme la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre est floue : sa définition comme la volonté de produire un effet de conclusion permet de la distinguer d'autres volontés unilatérales précontractuelles⁵. Par ailleurs, les sources existantes exigent que l'acceptation soit pure et simple, conforme à l'offre, en concordance avec cette dernière ; or nous préférons évoquer la complétude de l'acceptation qui ne peut être comprise avec les classiques notions d'éléments essentiels et accessoires au contrat, mais peut l'être avec nos

¹ Voir ci-dessus n° 223 à 229.

² Voir ci-dessus n° 231.

³ Voir ci-dessus n° 277 à 278.

⁴ Voir ci-dessus n° 268 à 273.

⁵ Voir ci-dessus n° 274 à 278.

notions d'effet abstrait, d'élément concret et de forme essentiels à la complétude¹. Enfin, la dernière condition d'existence de l'acceptation est sa postériorité à l'offre². Symétriquement, l'ordonnance et la doctrine reprennent le principe d'absence d'acceptation par le silence à l'article 1120, qui n'est qu'un corrélat des conditions d'existence de l'acceptation. Aussi, elle reprend diverses prétendues exceptions selon lesquelles le silence pourrait valoir acceptation, alors que dans ces cas, à nos yeux le silence ne vaut jamais acceptation, laquelle est présumée à partir de faits, positifs ou négatifs, mais toujours différents du silence, ce qui ne devrait pas être possible lorsque la présomption n'est pas recevable afin de prouver le contrat accepté³.

Parallèlement, le régime de l'acceptation est déterminé partiellement par l'ordonnance. Pour commencer, les conditions de preuve de l'acceptation sont celles du contrat accepté⁴. Ensuite, la cause d'extinction normale de l'acceptation est la production de son effet de conclusion. Avant la réforme de 2016 puisque l'acceptation est une manifestation de produire un effet de conclusion, ce dernier se produisait en l'absence de texte, de condition ou de terme suspensifs, lors de cette manifestation⁵. Avec la réforme de 2016, l'article 1121 du Code civil a daté et localisé la conclusion du contrat à la réception de l'acceptation, ce que nous analysons comme une condition suspensive d'origine légale de l'effet de conclusion, laquelle peut être écartée opportunément par une volonté contraire⁶.

Par ailleurs, l'article 1118 prévoit l'efficacité et l'absence de caractère fautif de la volonté de révoquer l'acceptation, reçue avant cette dernière ; mais il est possible de déroger à cette efficacité en insérant dans l'acceptation une obligation de ne pas l'anéantir⁷.

Enfin, la réforme n'évoque pas les divers cas d'extinction de l'acceptation pouvant survenir entre sa manifestation et la conclusion du contrat. Plus précisément, elle ne mentionne pas la caducité inévitable de l'acceptation pour extinction de l'offre avant la conclusion⁸. Elle ne traite pas non plus de l'extinction de l'acceptation par un terme extinctif ou une condition extinctive de son effet de conclusion⁹. De même, elle ne prévoit pas la caducité de l'acceptation pour survenance d'une incapacité de l'acceptant de conclure le contrat accepté¹. Aussi, elle n'a rien prévu pour le décès ou la dissolution de l'acceptant : le principe est ici la

¹ Voir ci-dessus n° 280 à 289.

² Voir ci-dessus n° 290 à 294.

³ Voir ci-dessus n° 295 à 319.

⁴ Voir ci-dessus n° 324 et 325.

⁵ Voir ci-dessus n° 277.

⁶ Voir ci-dessus n° 343 à 368.

⁷ Voir ci-dessus n° 332 à 336.

⁸ Voir ci-dessus n° 339.

⁹ Voir ci-dessus n° 340.

caducité de l'acceptation ne contenant que son effet de conclusion, l'exception est la transmission de l'acceptation contenant une obligation de ne pas l'anéantir, à laquelle il est possible de déroger en insérant un terme ou un *intuitus personae* du côté de l'acceptant².

702. L'Histoire des promesses de contrat. La troisième partie de la thèse commença par démontrer qu'il existe non pas deux mais quatre promesses de contrat au vu de l'Histoire.

L'Ancien Droit, au plan de la définition abstraite des contrats, connaissait des promesses de contrat relatives à un consentement futur, que celles-ci obligeaient à notifier : ces promesses étaient unilatérales ou synallagmatiques. Parallèlement, sur le plan concret des contrats qualifiés de promesse de vente par leurs parties, les sources de l'Ancien Droit distinguaient un premier contrat contenant une simple promesse de vente et un second contrat contenant une vente née des consentements sur la chose et sur le prix et parfois accompagnée d'une promesse de vente obligeant à notifier ces consentements avec une certaine forme. Ainsi, les contrats concrètement qualifiés par leurs parties en promesse de vente et qui contenaient une vente étaient requalifiés en vente par la règle selon laquelle promesse de vente vaut vente en cas d'accord sur la chose et sur le prix³. Par la suite, les travaux préparatoires de l'article 1589 du Code civil reprirent expressément, sur le plan de la définition abstraite des contrats, la conception des promesses unilatérale et synallagmatique de contrat comme des promesses relatives à un consentement futur qu'elles obligeaient à notifier ; cet article reprit aussi expressément, sur le plan concret des contrats conclus et qualifiés de promesse de vente par leur parties, la règle qui requalifiait en vente ces contrats qui contenaient une vente résultant d'un accord sur la chose et sur le prix⁴. Cependant, à partir de 1804, les formes unilatérale et synallagmatique de promesse de contrat connurent des évolutions très différentes.

À partir du Code de 1804, la promesse unilatérale de contrat a connu une évolution qui n'a guère été identifiée⁵. De 1804 à 1868, elle fut définie diversement. Néanmoins, à compter de 1868, avec l'idée d'avant-contrat de Demolombe, créant une obligation de ne pas anéantir une offre, la promesse unilatérale de contrat fut de moins en moins rattachée à un consentement futur du promettant et de plus en plus rattachée à un consentement du

¹ Voir ci-dessus n° 342.

² Voir ci-dessus n° 341.

³ Voir ci-dessus n° 375 à 380.

⁴ Voir ci-dessus n° 381 à 387.

⁵ Voir ci-dessus n° 389 à 393.

promettant, présent lors de sa conclusion, et objet d'une obligation de ne pas l'anéantir. Surtout, depuis 1945, la promesse unilatérale de contrat est exclusivement rattachée à un consentement du promettant présent dès sa conclusion.

Parallèlement, la promesse synallagmatique de contrat fut longtemps assimilée au contrat promis sur le fondement de l'article 1589, comme si ce dernier se situait sur le plan abstrait de la définition des contrats, alors que celui-ci se situe sur le plan concret des contrats qualifiés par leurs parties de promesse de vente mais contenant une vente résultant d'un accord sur la chose et sur le prix. Puis, il y a eu une croissance de l'exception à ce principe d'assimilation : cette exception est la promesse synallagmatique de contrat connue dès l'Ancien Droit, relative à des consentements futurs que celle-ci oblige à notifier¹.

En conclusion, aujourd'hui, sous le vocable de promesse unilatérale de contrat, figurant à l'article 1124, est désignée une promesse unilatérale de contrat relative à un consentement présent du promettant, née au XIX^e siècle, alors que sous l'expression de promesse synallagmatique de contrat autonome, est désignée une promesse synallagmatique de contrat relative à des consentements futurs et née dans l'Ancien Droit. Par suite, cette promesse unilatérale de l'article 1124 n'est pas la forme unilatérale de la promesse synallagmatique connue comme exception à l'assimilation avec le contrat promis, laquelle n'est pas la forme synallagmatique de la première.

703. La définition des quatre promesses de contrat. L'analyse de l'Histoire et du contenu des définitions des promesses de contrat nous a conduit à en distinguer quatre².

D'une part, deux promesses de contrat existaient dès l'Ancien droit et sont relatives à un consentement futur qu'elles obligent à notifier. La promesse unilatérale de contrat projetant un consentement n'est plus le contrat qualifié de promesse unilatérale de contrat par les différentes sources du droit depuis 1945, mais elle continue d'exister notamment avec la promesse unilatérale de contrat réel³. Symétriquement, la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements est connue comme l'exception au principe d'assimilation avec le contrat promis⁴. Concrètement, le pacte de préférence est une promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement, donc créatrice d'une obligation de notifier un consentement complet, à laquelle est ajoutée une obligation de ne pas notifier à un

¹ Voir ci-dessus n° 394 à 398.

² Voir ci-dessus n° 400 à 440.

³ Voir ci-dessus n° 460 à 462.

⁴ Voir ci-dessus n° 466 et 467.

tiers un consentement complet¹. Aussi, le contrat cadre contient une promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement, dont l'obligation de notifier un consentement complet a la particularité d'être à exécution successive et qui peut être accompagnée ou non d'une obligation de ne pas notifier de consentement complet à un tiers².

D'autre part, deux promesses de contrat sont relatives à un consentement présent qu'elles obligent à ne pas anéantir. Nous appelons la promesse unilatérale de contrat définie et régie par l'article 1124, la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement³. Or, celle-ci est définie par cet article comme créatrice d'une option, mais cette dernière n'est pas un concept rigoureux, car sa nature est indéterminée. Surtout, l'option ne suffit pas pour interdire au promettant de rendre caduque cette promesse unilatérale par la conclusion du contrat promis avec un tiers, ce qui exige une obligation de ne pas anéantir le consentement complet contenu dans cette promesse, dont cette obligation est le premier effet essentiel. De même, l'option n'explique pas la formation du contrat promis par la levée d'option : cette conclusion ne s'explique que par l'identification comme second effet essentiel de cette promesse, de l'effet de conclusion produit par ce consentement. Par analogie avec cette promesse unilatérale, nous avons conceptualisé la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements, qui n'a guère été imaginée : celle-ci contient les consentements complets, crée des obligations de ne pas les anéantir et ces consentements produisent un effet de conclusion lorsque le terme suspensif ou la condition suspensive de cet effet surviennent⁴.

704. Le champ des quatre promesses de contrat. Les promesses de contrat contenant un consentement ont un domaine très large alors que les promesses de contrat projetant un consentement ont un domaine étroit et précis.

D'une part, la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement, de l'article 1124, doit être utilisée dès lors qu'une partie veut manifester son consentement au contrat promis et s'obliger à ne pas l'anéantir par révocation unilatérale ou par un acte la rendant caduque notamment par conclusion avec un tiers, alors que l'autre partie ne veut pas manifester son consentement au contrat promis pour le moment mais veut rester libre de le faire. Ainsi les contrats spéciaux promis par elle sont très divers mais la vente est la première⁵. Au contraire, la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement ne doit

¹ Voir ci-dessus n° 471 à 487.

² Voir ci-dessus n° 488 à 512.

³ Voir ci-dessus n° 445 à 450.

⁴ Voir ci-dessus n° 456.

⁵ Voir ci-dessus n° 451 à 454.

être utilisée que si celle de l'article 1124 ne peut l'être parce que le promettant ne peut pas manifester un consentement qui soit complet lors de la conclusion de cette promesse, ne veut pas manifester son consentement complet pour le moment, veut promettre unilatéralement un contrat réel, ou rendre essentiels à la complétude du consentement à notifier un effet abstrait, un élément concret ou une forme ; elle a aussi pour applications fondamentales, le pacte de préférence unilatéral et le contrat cadre unilatéral¹.

D'autre part, la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements peut être utilisée pour les mêmes causes que la précédente : ses parties ne peuvent pas manifester pour le moment des consentements qui soient complets, ne veulent pas les manifester, veulent promettre un contrat réel, ou rendre essentiels à la complétude des consentements à notifier, un effet abstrait, un élément concret ou une forme ; elle a aussi pour applications importantes, le pacte de préférence synallagmatique et le contrat cadre synallagmatique². Cependant, si toutes les parties sont d'accord pour manifester leurs consentements complets au contrat promis, il est préférable d'utiliser la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements, qui n'a guère été conceptualisée alors qu'elle est le summum des instruments précontractuels. En particulier, elle devrait être privilégiée pour la vente immobilière dès lors que les parties veulent manifester leurs consentements à la vente et s'interdire de la révoquer ou de la rendre caduque jusqu'à la conclusion survenant lors d'un événement certain ou incertain : elle ne présente pas la potestativité de la vente sous condition de réitération de consentements et n'exige pas d'intervention du juge comme celle en cas d'inexécution d'une obligation de notifier un consentement créée par la promesse synallagmatique projetant les consentements, qui est connue par exception à l'assimilation avec le contrat promis³.

705. Le régime de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement non déterminé par l'article 1124. Les conditions et nombre d'aspects de l'exécution et de l'extinction de la promesse unilatérale de l'article 1124 ne sont pas régis par ce dernier.

Pour commencer, cette promesse doit respecter les conditions de droit commun et quelques conditions qui lui sont propres.

L'application des conditions de droit commun à cette promesse est déterminée par la présence dans cette dernière du consentement du promettant au contrat promis. *Primo*, la capacité de conclure un contrat s'apprécie lors de la manifestation du consentement à celui-ci : la capacité

¹ Voir ci-dessus n° 463 et 464.

² Voir ci-dessus n° 468 et 469.

³ Voir ci-dessus n° 457 et 458.

de conclure la promesse unilatérale de l'article 1124 s'apprécie donc lors de l'offre et de l'acceptation de celle-ci ; la capacité de conclure le contrat promis s'apprécie lors de la manifestation du consentement à la promesse pour le promettant et lors de la levée d'option pour le bénéficiaire¹. *Secundo*, la condition de propriété de la chose s'apprécie lors de la manifestation du consentement à la vente, donc elle s'apprécie lors de la manifestation par le promettant propriétaire de celle-ci de son consentement à la promesse². *Tertio*, le formalisme conditionnant la validité du contrat promis s'applique à la manifestation des consentements à la promesse, laquelle doit respecter ce formalisme parce que celle-ci contient le consentement du promettant au contrat promis ; ce formalisme s'applique aussi à la levée d'option contenant le consentement du bénéficiaire au contrat promis³. *Quarto*, le formalisme de preuve des contrats s'applique à la promesse unilatérale de l'article 1124, parce que cette dernière contient le consentement du promettant au contrat promis et aussi lorsque celle-ci contient une indemnité d'immobilisation supérieure à 1500 euros⁴.

Parallèlement, la formalité de l'enregistrement de cette promesse unilatérale exigée par l'article 1589-2 du Code civil est sanctionnée par une nullité dont le caractère contraire à la sécurité juridique a été souligné, mais dont le caractère fiscalement contreproductif n'a pas été vu⁵. Cette nullité anéantit la promesse et la vente et constitue un événement rouvrant le délai de réclamation concernant les nombreux impôts perçus à leur suite que sont les droits d'enregistrement, la taxe de publicité foncière, la TVA, l'impôt sur le résultat, les impôts sur les plus-values, la taxe foncière. En somme, ces impôts peuvent être restitués lorsque la nullité est prononcée parce que la promesse n'a pas été enregistrée, soit sans intention d'éluder ces impôts, soit avec cette intention suivie d'un contrôle fiscal dont les rectifications sont annihilées à la suite de cette nullité.

Par ailleurs, l'article 1124 ne traite pas nombre d'aspects de l'exécution et de l'extinction de cette promesse unilatérale.

D'une part, il ne prévoit rien en cas de survenance d'un déséquilibre contractuel, de détérioration ou d'amélioration de la chose, ou pour la cession de cette promesse unilatérale

¹ Voir ci-dessus n° 518.

² Voir ci-dessus n° 519.

³ Voir ci-dessus n° 521.

⁴ Voir ci-dessus n° 522.

⁵ Voir ci-dessus n° 523 à 526.

ainsi que la substitution dans cette dernière, lesquelles sont identiques par leurs deux effets, de modification de l'identité d'une partie et de transmission des effets de la promesse¹.

D'autre part, de nombreuses causes d'extinction de cette promesse ne sont pas régies par l'article 1124. D'abord, sa cause normale d'extinction est la production de son effet de conclusion : la levée d'option n'est qu'une acceptation du contrat promis, entendue comme une volonté de contracter complète et identique à une première, donc la date normale de cette production de l'effet de conclusion était avant la réforme la levée d'option faute de texte indiquant cette date, et est aujourd'hui la réception de la levée d'option². Cependant, cet effet de conclusion produit par le consentement du promettant peut être suspendu volontairement par un terme ou une condition. Ensuite, cette promesse unilatérale peut s'éteindre de façon classique par révocation par consentement mutuel, par un terme extinctif ou une condition résolutoire³. En revanche, certains cas d'extinction de cette promesse reconnus par diverses sources sont à écarter. Ainsi, l'extinction de cette promesse à l'expiration d'un délai raisonnable doit être écartée faute de possibilité pour le juge de présumer la révocation ou un terme extinctif, ou d'insérer ce dernier en violation de l'immutabilité judiciaire du contrat⁴. De même, la prescription de la promesse unilatérale doit être écartée car cette dernière n'est ni une action personnelle ni une action réelle et mobilière, seules concernées par la prescription⁵. Aussi, l'exigence d'une mise en demeure pour révoquer unilatéralement la promesse unilatérale à durée indéterminée doit être écartée au profit du seul respect d'un préavis⁶. Dans un autre registre, il est impossible de renoncer unilatéralement à cette promesse à durée déterminée en vertu de l'irrévocabilité unilatérale du contrat⁷. Pour terminer quatre événements posent des difficultés. *Primo*, le décès d'une partie à la promesse unilatérale n'éteint pas cette dernière, laquelle contient une obligation de non-anéantissement du consentement du promettant transmise aux héritiers de la partie décédée avec la promesse, sauf si ce décès est un terme extinctif ou s'il existe un *intuitus personae* du côté de cette partie morte¹. *Secundo*, la dissolution de l'une des parties à cette promesse unilatérale rend en principe cette dernière caduque par disparition de la personnalité juridique et de la capacité juridique de celle-ci, sauf en cas de transmission du patrimoine de celle-ci avec la promesse,

¹ Voir ci-dessus n° 528 à 534.

² Voir ci-dessus n° 536.

³ Voir ci-dessus n° 537 à 539.

⁴ Voir ci-dessus n° 540.

⁵ Voir ci-dessus n° 541.

⁶ Voir ci-dessus n° 542.

⁷ Voir ci-dessus n° 544.

laquelle n'est pas transmise dans ce cas en présence d'un terme extinctif visant la dissolution ou d'un *intuitus personae*². *Tertio*, la destruction de la chose promise rend cette promesse unilatérale caduque par perte d'une condition de validité, avec engagement de la responsabilité du promettant permettant de réparer de rares préjudices de déception ou d'atteinte à l'image³. *Quarto*, l'incapacité du promettant n'est pas vue comme une cause d'extinction de cette promesse unilatérale, pourtant si le promettant perd la capacité de conclure le contrat promis, disparaît une condition de validité de la promesse empêchant cette dernière d'être efficace et de former un contrat valable, donc cette incapacité est une cause de caducité de cette promesse⁴.

706. Le régime de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement déterminé par l'article 1124. Cet article régit deux problèmes majeurs.

Le premier est la manifestation de volonté unilatérale du promettant de révoquer cette promesse unilatérale⁵. Or, le principe de force obligatoire du contrat a pour corrélat le principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat, en vertu duquel la révocation du contrat ne peut résulter à nos yeux de la rencontre des volontés des parties de produire un effet d'anéantissement de ce contrat. Ainsi, la manifestation de volonté du promettant de révoquer cette promesse unilatérale contenant son consentement au contrat promis est libre mais ne peut produire son effet de révocation seule. Dès lors cette volonté est inefficace en ce sens qu'elle ne peut révoquer seule la promesse unilatérale à durée déterminée, laquelle subsiste avec le consentement du promettant, qui peut rencontrer celui du bénéficiaire lors de la levée d'option avant l'extinction de la promesse. Cependant, ce n'est pas la solution que retenait la Cour de cassation depuis deux arrêts du 15 décembre 1993 qui approuvaient des juges du fond d'avoir reconnu l'efficacité de la volonté unilatérale du promettant de révoquer la promesse, ce qui faisait obstacle à la conclusion du contrat promis par la levée d'option postérieure à cette révocation, laquelle était sanctionnée par des dommages-intérêts et non par une exécution forcée¹. Or, cette jurisprudence fut confirmée à plusieurs reprises et sévèrement critiquée. Toutefois, ces critiques n'ont guère souligné le fait que le défaut central de cette jurisprudence était de reconnaître l'efficacité de la volonté seule du promettant de révoquer la

¹ Voir ci-dessus n° 548.

² Voir ci-dessus n° 549.

³ Voir ci-dessus n° 546.

⁴ Voir ci-dessus n° 550.

⁵ Voir ci-dessus n° 552 à 577.

promesse unilatérale : en raison de cette efficacité, la promesse était anéantie, rétroactivement ou non, mais dans les deux cas il était illogique et contradictoire de promouvoir l'exécution forcée de cette promesse anéantie, laquelle n'existant plus ne pouvait pas être exécutée de manière forcée, pas même en présence d'une clause d'exécution forcée, clause aussi anéantie par la révocation². Par la suite, la réforme de 2016 a condamné cette jurisprudence à l'alinéa 2 de l'article 1124 en affirmant que la révocation ne fait pas obstacle à la formation du contrat promis, mais sans justifier précisément le fondement de cette solution, expliquée par une exécution forcée souvent et notamment par le rapport sur l'ordonnance³. Pourtant, le seul fondement expliquant cette solution est l'inefficacité de la volonté seule du promettant de révoquer la promesse⁴ : point n'est possible et logique de recourir aux idées de conclusion forcée, d'exécution forcée de la promesse, laquelle survit tout simplement à cette manifestation de volonté du promettant de la révoquer, si bien que le consentement du promettant peut rencontrer celui du bénéficiaire manifesté lors de la levée d'option et former le contrat promis, sans aucune conclusion forcée ou exécution forcée de la promesse. D'ailleurs, si ce fondement avait été bien expliqué, le revirement de jurisprudence réalisé par l'arrêt de la Cour de cassation du 23 juin 2021, pour les promesses unilatérales formées avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, aurait pu être motivé efficacement et fondé très simplement sur cette inefficacité de la volonté du promettant de révocation. Finalement, l'alinéa 2 de l'article 1124 est une bonne solution, mal justifiée.

Le second problème régi par l'article 1124 est la violation de la promesse avec un tiers, sanctionnée par la nullité à l'alinéa 3 de celui-ci⁵. Néanmoins, la nature et le domaine de cette violation, ainsi que la nature de cette nullité ne sont pas assez étudiés. D'abord, seule une obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant peut expliquer l'interdiction pour le promettant de rendre caduque cette promesse unilatérale par la conclusion d'un contrat avec un tiers : le concept de droit d'option, à la nature indéterminée, ne permet pas à lui seul cette interdiction¹. Ensuite, cette conclusion d'un contrat par le promettant avec un tiers ne viole cette obligation que si elle rend la promesse caduque, par disparition d'une de ses conditions d'existence ou de validité : typiquement, cette violation est la conclusion d'un contrat de

¹ Voir ci-dessus n° 553 à 567.

² Voir ci-dessus n° 560 à 562.

³ Voir ci-dessus n° 568 à 577.

⁴ Voir ci-dessus n° 571 et s.

⁵ Voir ci-dessus n° 578 à 597.

disposition du corps certain vendu². Ainsi, la nullité de cet alinéa 3 est selon nous l'exécution forcée de l'obligation de ne pas anéantir le consentement du promettant : elle permet d'anéantir rétroactivement le contrat litigieux et de revenir sur la caducité de la promesse³.

707. Le régime de la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements. Ce régime peut être déterminé par analogie avec celui de la promesse unilatérale contenant un consentement : il assure une pleine sécurité précontractuelle puisque la volonté unilatérale de révoquer cette promesse synallagmatique est inefficace et il est interdit de rendre caduque celle-ci, qui est donc le plus sûr des instruments précontractuels.

708. Les deux promesses de contrat projetant un consentement. Le régime des promesses de contrat projetant un consentement n'est pas déterminé de façon générale par l'ordonnance de 2016. En particulier, cette dernière n'a pas traité de la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement qui n'est plus le contrat qualifié de promesse unilatérale depuis 1945. Celle-ci n'a pas non plus traité de la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements, qui est connue en pratique et en jurisprudence par exception à l'assimilation avec le contrat promis. En revanche, cette ordonnance a traité l'inexécution du pacte de préférence à l'article 1123 et la détermination du prix dans le contrat cadre à l'article 1164. Ainsi, nous avons étudié en confrontant ces promesses leurs conditions, leur exécution, leur extinction, puis leur inexécution.

709. Les conditions des promesses de contrat projetant un consentement. Ces conditions sont plus ou moins indépendantes de celles du contrat promis.

D'une part, des conditions de ces promesses sont distinctes de celles du contrat promis. D'abord, l'exigence de détermination de l'espèce et de la quotité de l'objet de l'obligation, appliquée à l'obligation de notifier un consentement complet, n'impose pas la détermination par cette obligation de la totalité des effets abstraits et de leurs éléments concrets essentiels à la complétude du consentement. En effet, l'espèce de l'objet de cette obligation est la notification d'un consentement complet : cette espèce est déterminée dès lors que l'obligation indique avoir pour objet cette notification d'un consentement complet et mentionne au moins une partie des effets abstraits et des éléments concrets essentiels à la complétude du consentement à notifier, puisque comme pour toute obligation de faire, il est possible de

¹ Voir ci-dessus n° 587.

² Voir ci-dessus n° 588.

³ Voir ci-dessus n° 589.

déterminer l'objet plus ou moins précisément. Parallèlement, la quotité de cette obligation est le nombre de notifications. En particulier, si le prix des contrats d'application n'a pas à être déterminé par le contrat cadre selon la jurisprudence du 1^{er} décembre 1995 et l'article 1164, c'est parce que le prix est un élément concret essentiel à la complétude, non du consentement au contrat cadre mais du consentement à notifier à l'avenir au contrat d'application. Autrement dit, le prix n'est pas l'objet d'une obligation du contrat cadre mais est l'objet d'une obligation du contrat d'application¹. Parallèlement, cette solution vaut pour le pacte de préférence, lequel n'a pas à déterminer tous les effets abstraits et éléments concrets essentiels à la complétude du consentement à notifier au bénéficiaire et du consentement à ne pas notifier à un tiers². Plus généralement, cette solution vaut pour toutes les promesses, unilatérale et synallagmatique de contrat projetant un consentement : il existe une certaine liberté dans la définition du consentement à notifier, encadrée par les exigences de licéité et de possibilité de l'objet, mais aussi par le respect de la liberté contractuelle et de la propriété³. Ensuite, étant donné que la propriété du bien s'apprécie au jour de la manifestation du consentement au contrat de disposition de celui-ci, il n'est pas nécessaire que le débiteur de l'obligation de notifier un consentement à un contrat de disposition de ce bien ait la propriété de ce dernier lors de la formation des promesses unilatérale et synallagmatique de contrat projetant un consentement, et de leurs deux applications que sont le pacte de préférence et le contrat cadre⁴.

D'autre part, certaines conditions de ces promesses englobent celles du contrat promis. *Primo*, les règles de capacité concernant le contrat promis doivent en principe être respectées lors de la manifestation par le débiteur de l'obligation de notification de son consentement à la promesse unilatérale ou synallagmatique de contrat projetant un consentement, et au pacte de préférence ou au contrat cadre⁵. En effet, par cette obligation ce débiteur perd la liberté de manifester ou non ce consentement futur, donc il faut qu'il respecte les conditions de capacité du contrat promis dès sa manifestation de consentement à la promesse afin d'être encadré par ces règles dont c'est la raison d'être et qui perdraient de leur utilité si celles-ci n'étaient appliquées que lors de la manifestation du consentement, laquelle n'est pas libre. Néanmoins, si cette obligation de notification est sous la condition suspensive de manifestation du

¹ Voir ci-dessus n° 606.

² Voir ci-dessus n° 605.

³ Voir ci-dessus n° 603 à 610.

⁴ Voir ci-dessus n° 613.

⁵ Voir ci-dessus n° 612.

consentement, son débiteur reste libre de manifester ce dernier et n'a pas à respecter ces règles de capacité du contrat promis lors de la manifestation du consentement à la promesse.

Secundo, le même raisonnement peut être réalisé pour le formalisme conditionnant la validité du contrat promis : l'obligation de notifier un consentement fait perdre la liberté de manifester ce dernier, sauf condition suspensive de manifestation de celui-ci, donc pour respecter la raison d'être de ce formalisme qui est en droit ou en fait d'éclairer la décision de manifester un consentement, il faut le respecter dès la manifestation du consentement à la promesse¹.

Tertio, le même raisonnement peut être mené pour les règles de preuve².

710. L'exécution des promesses de contrat projetant un consentement. La forme de la notification du consentement est variée et s'adapte à la nature du contrat promis, mais la durée du consentement notifié est fondamentale : il est préférable d'obliger à insérer dans l'offre notifiée en exécution de cette promesse, une obligation de ne pas anéantir cette offre pendant un délai déterminé, afin que le destinataire puisse analyser le consentement notifié sans que ce dernier ne soit anéanti³.

711. L'extinction des promesses de contrat projetant un consentement. Parmi les diverses causes d'extinction de ces promesses, certaines n'emportent pas l'adhésion.

D'abord, l'extinction normale de la promesse unilatérale projetant un consentement est la notification du consentement ; cette notification éteint la promesse synallagmatique projetant les consentements si les autres ont déjà été notifiés, n'éteint pas toujours le pacte de préférence dont l'obligation de non-notification à un tiers peut survivre, et éteint le contrat cadre si elle est la dernière notification prévue parmi toutes⁴.

Ensuite, lorsque ces promesses sont à durée indéterminée, elles peuvent faire l'objet d'une révocation unilatérale avec préavis, par application du droit commun, même si cette dernière est parfois écartée à tort pour le pacte de préférence⁵. En revanche, la prescription de ces promesses à durée indéterminée doit être écartée parce que celles-ci ne sont pas des actions personnelles ou réelles et mobilières. De même, la présomption de révocation de ces promesses à durée indéterminée au bout d'un certain délai est à écarter puisque celles-ci ont

¹ Voir ci-dessus n° 616.

² Voir ci-dessus n° 617.

³ Voir ci-dessus n° 621 à 629.

⁴ Voir ci-dessus n° 631.

⁵ Voir ci-dessus n° 633.

été voulues à durée indéterminée¹. Aussi, la renonciation unilatérale à ces promesses à durée déterminée doit être rejetée en raison de l'irrévocabilité unilatérale du contrat².

Par ailleurs, le refus de l'offre notifiée ne rend pas caduques ces promesses, même si l'idée est proposée pour le pacte de préférence, car ce refus ne correspond pas à la définition de la caducité comme disparition d'un élément essentiel³.

En outre, classiquement, le terme et la condition peuvent éteindre ces promesses, mais pour le pacte de préférence il est possible de prévoir des termes et conditions différents pour l'obligation de notifier au bénéficiaire un consentement et pour l'obligation de ne pas notifier de consentement à un tiers⁴.

De plus, le décès d'une partie conduit à la transmission de ces promesses à cause de mort, sauf terme extinctif en cas de décès ou *intuitus personae*, alors qu'en cas de dissolution d'une partie à ces promesses, celles-ci sont en principe caduques pour disparition de la personnalité et de la capacité, sauf transmission du patrimoine, à laquelle il est dérogé en cas de terme extinctif pour dissolution ou d'*intuitu personae*⁵.

Enfin, la survenance d'une incapacité d'une partie rend ces promesses caduques si elle concerne le contrat promis, lequel ne pourra plus être conclu valablement⁶.

712. L'inexécution du pacte de préférence. Longtemps l'inexécution de l'obligation de notifier un consentement créée par la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement a fait l'objet de débats entre dommages-intérêts et exécution forcée sous forme de jugement valant le contrat promis⁷. Parallèlement, l'inexécution de la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements a été sanctionnée par des dommages-intérêts en jurisprudence⁸. Quant à l'inexécution du pacte de préférence, elle a fait l'objet de propositions et de solutions extrêmement diverses jusqu'à l'arrêt du 26 mai 2006 ayant consacré, outre la responsabilité contractuelle, un cumul entre la nullité du contrat conclu en violation du pacte de préférence et la substitution dans ce contrat, que l'ordonnance du 10 février 2016 a rendues alternatives⁹. Or, la nullité est une bonne sanction si elle est vue comme l'exécution forcée de l'obligation de ne pas notifier de consentement à un tiers.

¹ Voir ci-dessus n° 641.

² Voir ci-dessus n° 632.

³ Voir ci-dessus n° 634.

⁴ Voir ci-dessus n° 635 et 636.

⁵ Voir ci-dessus n° 637 et 638.

⁶ Voir ci-dessus n° 639.

⁷ Voir ci-dessus n° 645 et 718.

⁸ Voir ci-dessus n° 646 et 718.

⁹ Voir ci-dessus n° 652 à 658.

Symétriquement, la substitution est souvent vue comme l'exécution forcée du pacte de préférence à tort, puisque l'exécution forcée de l'obligation de notifier un consentement ne peut consister à nos yeux pour le juge qu'à se substituer au promettant en insérant dans sa décision l'effet de conclusion du consentement à notifier. De plus, la double condition pour cette nullité et cette substitution, de connaissance par le tiers du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir rend ces sanctions marginales, que celles-ci soient cumulatives pour les pactes conclus avant le 1^{er} octobre 2016 ou alternatives pour ceux formés après cette entrée en vigueur de la réforme¹.

D'une part, le cumul entre nullité et substitution n'est pas satisfaisant². Comme cela a été noté, il est impossible d'anéantir un contrat et de substituer le bénéficiaire dans ce contrat anéanti. Cependant, d'autres défauts existent dans la décision judiciaire cumulant nullité et substitution : la publicité foncière de celle-ci n'est pas prévue par les textes, le sort des contrats accessoires au contrat litigieux que sont les sûretés et prêts bancaires n'est pas prévu, cette substitution est impossible en présence d'un *intuitus personae*, et ce cumul n'est pas prévu par les textes fiscaux régissant la restitution des impôts payés par le tiers et l'établissement des impôts au nom du bénéficiaire substitué.

D'autre part, l'alternative entre ces mesures n'est pas plus intéressante³. En effet, la nullité seule n'est intéressante que marginalement. Surtout, la substitution seule est souvent impossible en pratique : techniquement elle est une cession de contrat par décision de justice puisqu'elle a nécessairement les deux même effets que la cession et que la substitution dans la promesse de l'article 1124, que sont la modification de l'identité d'une partie et la transmission des effets du contrat du patrimoine du tiers vers celui du bénéficiaire. Au plan du droit des contrats, si le contrat litigieux est à exécution instantanée, il a le plus souvent produit ses effets, donc il est impossible de substituer le bénéficiaire dans des effets produits et donc éteints⁴. Par exemple, si la vente a transféré la propriété du bien, il est impossible de substituer le bénéficiaire au tiers acquéreur dans cet effet translatif qui s'est produit et éteint ; si le prix a été payé il est impossible de substituer le bénéficiaire au tiers dans l'obligation de le payer qui s'est éteinte. Il en va de même pour les contrats à exécution successive exécutés pendant un temps : il est impossible de substituer dans les effets passés, seule une substitution

¹ Voir ci-dessus n° 661 à 665.

² Voir ci-dessus n° 672 et 673.

³ Voir ci-dessus n° 674.

⁴ Voir ci-dessus n° 675.

pour l'avenir est possible, alors que les parties au pacte voulaient interdire la conclusion et donc l'exécution de ce contrat litigieux avec le tiers, laquelle exécution subsiste pour le passé. Par ailleurs, si le contrat litigieux comporte un *intuitus personae*, la substitution en lui n'est pas possible¹. De plus, le sort des contrats accessoires au contrat litigieux que sont les sûretés et prêts bancaires n'est pas déterminé alors qu'il est fondamental². De même, la publicité foncière de la décision de substitution n'est pas prévue par les textes³. Enfin, la restitution des impôts n'est pas prévue en cas de substitution⁴.

En somme, cette nullité et cette substitution, qu'elles soient cumulatives ou alternatives ne sont pas satisfaisantes. Il reste la responsabilité contractuelle, mais les préjudices réparables sont rares⁵. Puisque la conclusion du contrat promis est purement éventuelle en vertu de la liberté du bénéficiaire de manifester au non son consentement au contrat promis, le fait de ne pas obtenir le gain attendu du contrat promis n'est ni un gain manqué lequel doit être de survenance normale ni une perte faute d'amointrissement patrimoine. Pour la même raison, la perte de chance d'obtenir la conclusion et l'exécution du contrat promis n'est pas un préjudice certain, cette chance étant purement éventuelle. Quant aux frais divers de négociation, ils sont antérieurs à l'inexécution du pacte et donc non causés par celle-ci : restent les préjudices de déception et d'atteinte à l'image qui sont réparables.

Or, l'article 1123 est supplétif de volonté, donc il faut écarter conventionnellement la nullité et la substitution prévues par lui au profit de l'exécution forcée de droit commun¹. D'un côté, l'exécution forcée de l'obligation de ne pas notifier de consentement à un tiers prend la forme de la nullité de ce consentement et du contrat formé par ce dernier avec le tiers, sous la seule condition de droit commun de l'exécution forcée d'une obligation de ne pas faire, qui est la connaissance de cette dernière. De l'autre, l'exécution forcée de l'obligation de notifier un consentement au bénéficiaire prend la forme d'une insertion par le juge dans sa décision de l'effet de conclusion que devait produire le consentement à notifier par le promettant au bénéficiaire : si le consentement du bénéficiaire a déjà été manifesté dans les temps, le juge constate la formation du contrat promis, sinon le bénéficiaire reste libre de le manifester à la suite de la décision. Par suite, au plan des contrats accessoires, ceux qui concernent le contrat litigieux sont anéantis par résolution ou caducité, alors que ceux qui

¹ Voir ci-dessus n° 676.

² Voir ci-dessus n° 677.

³ Voir ci-dessus n° 678.

⁴ Voir ci-dessus n° 679.

⁵ Voir ci-dessus n° 681 à 684.

sont nécessaires pour le contrat promis peuvent être conclus. Aussi, la décision annulant le contrat litigieux et constatant le cas échéant la formation du contrat promis peut être publiée au fichier immobilier en tant que décision d'annulation et de constat d'une mutation le cas échéant. Pour finir, la nullité du contrat litigieux permet de demander la restitution des impôts générés par celui-ci, puisque la nullité rouvre un délai de réclamation ; symétriquement, la conclusion du contrat promis permet d'établir de nouvelles impositions sans difficulté².

713. L'inexécution des promesses de contrat projetant un consentement. Cette exécution forcée de l'obligation de notifier un consentement est applicable, en dehors du pacte de préférence, à la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement, à la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements et connue en jurisprudence comme exception à l'assimilation avec le contrat promis et au contrat cadre. De même, cette exécution forcée de l'obligation de ne pas notifier un consentement à un tiers est applicable au contrat cadre en contenant une³.

714. Le rôle cardinal des instruments précontractuels en droit des contrats. En définitive, si le droit des contrats est la colonne vertébrale du droit privé, les instruments précontractuels sont la moelle épinière du droit des contrats. La validité, la preuve et surtout l'exécution mais aussi l'extinction du contrat dépendent des instruments précontractuels, avec lesquels elles sont anticipées. Ces instruments précontractuels comportent de nombreuses volontés unilatérales, factuelles ou constituant des actes juridiques, généralement marquées par une forte liberté et une réelle précarité. Cependant, certains instruments précontractuels sont placés sous le signe de la sécurité, avec la création d'obligations de non-anéantissement ou de notification de consentement, par acte unilatéral ou contrat. À ce titre, la *summa divisio* des instruments précontractuels que nous avons proposée, distinguant ceux relatifs à un consentement complet et ceux relatifs à un consentement incomplet, et la sous-division dans ces deux catégories des instruments relatifs à un consentement présent et de ceux relatifs à un consentement futur permettent d'établir une méthode de qualification des instruments précontractuels. En pratique, afin de qualifier un instrument précontractuel, dans un premier temps il faut se demander si le consentement auquel il se rattache est complet ou incomplet, puis dans un second temps déterminer si ce consentement est présent ou futur, avant enfin de

¹ Voir ci-dessus n° 686 et 687.

² Voir ci-dessus n° 688.

³ Voir ci-dessus n° 689.

déterminer si ce consentement est ou non l'objet d'une obligation de non-anéantissement ou de notification.

D'une part, ces instruments précontractuels méritent d'être enseignés de façon détaillée. En effet, ils sont enseignés logiquement lors de l'étude de la théorie générale du droit des obligations, mais aussi lors de l'étude des contrats spéciaux pour les promesses de contrat et le pacte de préférence, ce qui est moins logique car ceux-ci font partie intégrante de la théorie générale des contrats et sont des moyens de préparer des contrats spéciaux, sans se suffire à eux-mêmes. Or, la formation des juristes avec des bases solides et claires pour les instruments précontractuels est indispensable pour que ceux-ci puissent préparer efficacement en pratique la conclusion des contrats. Plus généralement cette formation est aussi indispensable pour l'examen des conditions de validité, l'exécution spontanée, les remèdes à l'inexécution et l'extinction du contrat, qui dépendent largement de la bonne appréhension de ces instruments précontractuels et surtout du contenu de ce contrat élaboré par ceux-ci.

D'autre part, les instruments précontractuels mériteraient de faire l'objet d'une législation beaucoup plus précise et élaborée que celle qui existe aux articles 1112 à 1124, qui manquent de clarté et de précision en laissant de nombreux points sous silence. Pourtant, il faut que le législateur prévoie des règles détaillées et claires, afin de garantir une vraie prévisibilité du droit des instruments précontractuels. En effet, la qualité de ce droit est cruciale pour l'activité économique en France et pour le rayonnement du droit français dans le monde.

Bibliographie

Les encyclopédies relatives aux pourparlers, à l'offre et à l'acceptation, aux promesses de contrat et au pacte de préférence.

- B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1109, Consentement*, sept. 2012.
- B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1112 à 1112-2, Négociations*, sept. 2020.
- B. Petit et S. Rouxel, *JCl. Civil Code, Art. 1113-1122, Offre et acceptation*, sept. 2020.
- M. Mignot, *JCl. Civil Code, Art. 1123, Pacte de préférence*, août 2020.
- M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 10, Promesse unilatérale*, oct. 2020.
- M. Storck, *JCl. Civil Code, Art. 1124, Fasc. 20, Promesse synallagmatique*, oct. 2020.
- D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl. Notarial Formulaire, V° Avant-contrat, Fasc. 20, Promesse de vente, Formation du contrat*, 2021.
- D. Mazeaud et S. Piedelièvre, *JCl. Notarial Formulaire, V° Avant-contrat, Fasc. 30, Promesse de vente, Effets et cession*, 2021.
- S. Piedelièvre, *JCl. Notarial Formulaire, V° Avant-contrat, Fasc. 40, Promesse de vente, Réalisation*, 2021.
- P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz, V° Consentement*, avr. 2007.
- G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Prémption et retraits*, 2014.
- N. Dissaux, *Rép. civ. Dalloz, V° Contrat : formation*, janv. 2019.
- G. Pillet, *Rép. civ. Dalloz, V° Pacte de préférence*, 2019.
- O. Barret, *Rép. civ. Dalloz, V° Promesse de vente*, 2021.
- Lamy Droit du contrat*, 2013 à 2021.

Les ouvrages de droit des obligations postérieurs à la réforme du 10 février 2016.

- L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 6^e éd., 2021.
- B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021.
- P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021.
- A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., 2021.
- C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 10^e éd., 2021.
- D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., 2021.
- M. Brusorio Aillaud, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., 2021.

- J. Julien, *Droit des obligations*, Bruylant, 5^e éd., 2021.
- M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 6^e éd., 2021.
- N. Blanc, M. Latina et D. Mazeaud, *Droit des obligations*, LGDJ, 2^e éd., 2021.
- S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2021.
- A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 4^e éd., 2020.
- C. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, 5^e éd., 2020.
- P. Ancel, *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 2^e éd., 2020.
- P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020.
- R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2020.
- Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 17^e éd., 2020.
- C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019.
- D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, ss dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018.
- F. Chénéde, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018.
- P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 8^e éd., 2018.

Les ouvrages dédiés à la réforme du 10 février 2016.

- Droit des contrats, Bilan de la réforme et loi de ratification*, éd. Législatives, 2018.
- G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018.
- F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2^e éd., 2018.
- O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2^e éd., 2018.
- P. Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2^e éd., 2018.
- T. Douville, ss dir., *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2^e éd., 2018.
- M. Latina, ss dir., *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017.
- Assoc. H. Capitant, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016.
- B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, F. Lefebvre, 2016.
- F. Terré, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016.
- Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016.
- N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016.

Les ouvrages de droit des obligations à la veille de la réforme du 10 février 2016.

- B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 5^e éd., 2015.
- D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Larcier, 1^{re} éd., 2015.

- P. Malaurie, L. Aynès, et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^e éd., 2015.
- A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2014.
- A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014.
- C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations*, t. 3, Economica, 7^e éd., 2014.
- J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, Dalloz, 16^e éd., 2014.
- P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014.
- R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2014.
- Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Dalloz, 14^e éd., 2014.
- F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013.
- J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013.
- M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 3^e éd., 2012.
- P. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013.
- F. Terré, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008.
- P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La doc. fr., 2006.
- Les ouvrages classiques de droit civil, de droit commercial, d'enregistrement et de publicité foncière.**
- J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, PUF, 22^e éd., 2000.
- H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998.
- B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 2, Litec, 6^e éd., 1998.
- S. Piedelièvre, *Cours de droit civil*, t. 1, vol. 2, Montchrestien, 13^e éd., 1997.
- G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988.
- G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 4^e éd., 1952.
- R. Savatier, *Cours de droit civil*, 1947.
- L. Josserand, *Cours de droit civil positif*, t. 2, 1939.
- E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937.
- A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., 1932.
- H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., 1929.
- R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 1, 1923.
- R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1923.
- M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, LGDJ, 8^e éd., 1920.

- F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, 2^e éd., 1919.
- C. Beudant, *Cours de droit civil français, La vente et le louage*, 1908.
- C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 5, 5^e éd., 1907.
- C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902.
- M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 2^e éd., 1902.
- C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, 1900.
- G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 12, *De la vente et de l'échange*, 1900.
- T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 10, 1897.
- T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, 1894.
- C. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, t. 3, 1891.
- L. Guillouard, *De la vente et de l'échange*, t. 1, 1889.
- L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 1, 1885.
- F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 24, 4^e éd., 1884.
- G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, 1883.
- F. Verdier, *Transcription hypothécaire*, t. 1, 2^e éd., 1881.
- V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 6, 7^e éd., 1875.
- F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 15, 1875.
- E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, t. 7, 1873.
- C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. 25, 1869.
- C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. 24, 1868.
- F. Mourlon, *De la transcription*, 1862.
- J.-I.-B. Coulon, *Questions de droit*, 1853.
- P.-A. Dalloz, *Dictionnaire général et raisonné de droit civil*, t. 7, 1850.
- Les codes annotés de Sirey*, vol. 1, *code civil*, 1847.
- R.-T. Troplong, *De la vente*, 1844.
- C.-S. Zachariae, *Cours de droit civil français*, t. 2, 1839.
- P.-L. Championnière, *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques*, t. 3, 2^e éd., 1839.
- M. Championnière et M. E. Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, t. 1, 2^e éd., 1839.
- A.-M. Demante, *Programme du cours de droit civil français fait à la Faculté de droit de Paris*, t. 3, 1835.

- A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 16, 1833.
- C.-B.-M. Toullier, *Droit civil français*, t. 9, 5^e éd., 1830.
- M. Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, t. 5, 1824.
- J. Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. 3, 3^e éd., 1822.
- P.-A. Merlin de Douai, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 14, 4^e éd., 1815.
- C.-B.-M. Toullier, *Droit civil français*, t. 6, 1814.
- J.-M. Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. 1, 1814.
- C.-É. Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, t. 2, 1813.
- C.-É. Delvincourt, *Institutes de droit civil français*, t. 3, 1808.
- Code civil avec des notes explicatives rédigées par des jurisconsultes qui ont concouru à la confection du code*, t. 7, Gratiot, 1806.
- P.-L.-C. Gin, *Analyse raisonnée du droit français*, t. 4, 1804.

Les thèses relatives aux pourparlers.

- A. Coherier, *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, th. Paris, 1939.
- A. Hilsenrad, *Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat*, th. Paris, 1932.
- P. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, th. Lyon, 1911.

Les thèses relatives à l'offre et à l'acceptation.

- J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, 1970.
- I. Papazol, *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels*, th. Paris, 1907.

Les thèses relatives aux promesses de contrat.

- E. Schlumberger, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, th. Paris 1, 2011, Dalloz, 2013.
- M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris 2, 1985.
- F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, th. Tours, 1983.
- F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, 1982.
- P. Fieschi-Vivet, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973.

- J.-M. d'Hulst, *La promesse unilatérale de vente d'immeuble*, th. Aix, 1971.
- C. Biquez, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, th. Caen, 1958.
- P. Delommez, *Des promesses unilatérales de vente d'immeuble*, th. Lille, 1947.
- A. Zenouzi, *La promesse unilatérale de vente immobilière en droit français*, th. Genève, 1946.
- J. Blazy, *Promesses de vente et droits fiscaux*, th. Toulouse, 1941.
- J. Bayard, *De la lésion dans les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Montpellier, 1938.
- J.-C. Levret, *Les promesses de contrat au point de vue fiscal*, th. Paris, 1937.
- P. Sabatier, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936.
- H. Boyer, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1931.
- G. Thirion, *Le bail avec promesse de vente*, th. Nancy, 1930.
- J.-R. Dautriche, *La promesse unilatérale de vente en droit français*, th. Paris, 1930.
- G. Rebour, *De la clause d'option dans les contrats*, th. Paris, 1927.
- H. Boulard, *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Paris, 1927.
- F. Vincent, *De l'idée de lésion dans les promesses de vente*, th. Lyon, 1926.
- P. Meurisse, *La promesse unilatérale de vente et la rescision pour cause de lésion*, th. Paris, 1925.
- P. Foissin, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924.
- Y. Chevallier, *Annulation des promesses de vente d'immeuble pour lésion postérieure à la promesse*, th. Paris, 2^e éd., 1924.
- N. Matulesco, *De la promesse unilatérale de société*, th. Paris, 1923.
- R. Levrier, *Contribution à l'étude des promesses de vente*, th. Bordeaux, 1920.
- J. Deschamps, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914.
- M. Benoist, *Des constructions élevées par un preneur avec promesse de vente*, th. Paris, 1911.
- É. Leduc, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909.
- R. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, th. Paris, 1907.
- R. Texereau, *De la nature et des effets juridiques des promesses de vente et d'achat synallagmatiques et unilatérales*, th. Rennes, 1899.
- R. d'Houdain, *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, th. Paris, 1898.
- P. Ravoire, *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, th. Montpellier, 1896.

P. de Guillin, *De la promesse unilatérale de vendre*, th. Paris, 1889.

L.-F. Mahoudeau, *Des promesses de vente*, th. Paris, 1886.

L. Vallat, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1873.

D. Firmin, *Des promesses de vente en droit romain et en droit français*, th. Dijon, 1866.

A. Motais, *Des promesses de contracter et spécialement des promesses de vente*, th. Rennes, 1857.

J.-H. Vachon, *De la promesse de vendre et des arrhes*, th. Paris, 1851.

Les ouvrages relatifs au pacte de préférence et au contrat cadre.

J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix, 1997, PUAM, 1997.

J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, th. Paris 5, 1996, LGDJ, 1996.

A. Sayag, ss dir., *Le contrat-cadre*, vol. 2, Litec, 1994.

M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988.

G. Durry, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, th. Paris. 1957.

J. Bartet, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932.

J. Brétilard, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929.

Les thèses relatives au contenu du contrat.

N. Cardoso-Roulot, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, th. Dijon, 2006, L'Harmattan, 2008.

A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, th. Nantes, 2004, LGDJ, 2005.

M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, th. Paris 1, 2000, Economica, 2002.

J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, th. Paris 1, 1997, LGDJ, 1999.

P. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. Aix, 1981.

J.-F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, th. Bordeaux, 1966, LGDJ, 1969.

Les ouvrages spécialisés dans la période précontractuelle.

O. Deshayes, ss dir., *L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008.

J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001.

F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, th. Paris 1, 1993, LGDJ, 1994.

A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix, 1992, PUAM, 1992.

J. Schmidt-Szalewski, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982.

62^e Congrès des notaires de France, *La formation du contrat, L'avant-contrat*, 1964.

Les thèses diverses de droit des contrats.

C. Najm-Makhlouf, *Tacite reconduction et volonté des parties*, th. Paris 2, 2009, LGDJ, 2013.

G. Wicker, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. Perpignan, 1994, LGDJ, 1997.

S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français*, th. Toulouse, 1991, LGDJ, 1997.

D. Lefort, *La rétractation des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 2, 1980.

C. Saint-Alary-Houin, *Le droit de préemption*, th. Paris 2, 1977.

M.-A. Guerriero, *L'acte juridique solennel*, th. Toulouse, 1973, LGDJ, 1975.

J.-Y. Choley, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion*, th. Aix, 1974.

M. Contamine-Raynaud, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris 2, 1974.

I. Najjar, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris, 1966.

B. Célice, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, th. Paris, 1965, LGDJ, 1968.

F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, 1955, LGDJ, 2014.

F. Valleur, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris, 1938.

M. Durma, *La notification de la volonté*, th. Paris, 1930.

J. Ricot, *Le refus de contracter*, th. Paris, 1929.

Les monographies relatives à l'acte juridique unilatéral.

J.-L. Aubert et S. Gaudemet, *Rép. civ. Dalloz, V^o Engagement unilatéral de volonté*, 2013.

C. Brenner, *Rép. civ. Dalloz, V^o Acte juridique*, janv. 2013.

C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th. Paris 2, 2005, Defrénois, 2006.

M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th. Aix, 1989.

A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, th. Strasbourg, 1959, LGDJ, 1961.

J. Martin de La Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, th. Toulouse, 1949, LGDJ, 1951.

J. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931.

J. Mateesco, *L'obligation unilatérale et le Code civil*, th. Paris, 1919.

A. Talandier, *De l'engagement par volonté unilatérale*, th. Toulouse, 1911.

R. Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, th. Paris, 1909.

R. Guihaire, *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté*, th. Rennes, 1900.

R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, th. Paris, 1891.

Les thèses relatives au silence.

P. Diener, *Le silence et le droit*, th. Bordeaux, 1975.

P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977.

M.-J. Littmann, *Le silence et la formation du contrat*, th. Strasbourg, 1969.

J.-C. Madjarian, *Le silence dans la formation du contrat*, th. Nice, 1965.

J. Barrault, *Essai sur le rôle du silence créateur d'obligations*, th. Dijon, 1912.

Les thèses relatives à la caducité.

R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris 2, 2003, LGDJ, 2006.

C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris 12, 2000, L'Harmattan, 2004.

F. Garron, *La caducité du contrat*, th. Aix, 1999, PUAM, 2000.

Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, th. Toulouse, 1961, LGDJ, 1963.

Les ouvrages relatifs à la datation et la localisation du contrat.

V. Marcaggi, *La formation des contrats entre absents*, th. Aix, 1902.

J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895.

M. Aubert, *Du contrat par correspondance*, th. Paris, 1893.

A. Girault, *Traité des contrats par correspondance*, 1890.

G. Cousin, *Des contrats entre absents*, th. Paris, 1886.

C. Darquer, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1885.

Les travaux préparatoires du Code civil.

P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 24, 1836.

P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, 1836.

P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 12, 1836.

P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 4, 1836.

P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, 1827.

Observations des tribunaux d'appel sur le projet de Code civil, partie 4, 1801.

Les ouvrages de l'Ancien Droit.

R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, Langlet, 1835.

R.-J. Pothier, *Traité des contrats de bienfaisance*, Béchet Ainé, 1824.

Guide des notaires et des employés de l'enregistrement, vol. 3, 1803.

G.-V. Vasselin, *Cours élémentaire de droit civil*, Cahier 3, 1801.

P. Boucher, *Institutions commerciales*, 1801.

C.-G.-T. Garnier, *Traité du rachat des rentes foncières*, 1791.

Encyclopédie méthodique, Jurisprudence, t. 8, 1789.

J. Renauldon, *Dictionnaire des fiefs et des droits seigneuriaux utiles et honorifiques*, t. 2, 1788.

S. Mallebay de La Mothe, *Questions de droit, de jurisprudence et d'usage des provinces de droit écrit du ressort du Parlement de Paris*, 1787.

B. Pelée de Chenouveau, *Conférence de la coutume de Sens*, 1787.

Encyclopédie méthodique, Jurisprudence, t. 5, 1785.

J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 10, 1785.

J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 17, 1785.

F. Hervé, *Théorie des matières féodales et censuelles*, partie 2, t. 3, 1785.

G.-M. Chabrol, *Coutumes générales et locales de la province d'Auvergne*, t. 2, 1784.

G. Bosquet, *Dictionnaire raisonné des domaines et droits domaniaux*, t. 3, 1783.

A. Riston, *Analyse des coutumes sous le ressort du Parlement de Lorraine*, 1782.

J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 49, 1782.

D. Hoüard, *Dictionnaire de la Coutume de Normandie*, vol. 3, 1781.

M. Preudhomme, *Traité des droits appartenant aux seigneurs sur les biens possédés en roture*, 1781.

M. Auroux des Pommiers, *Coutumes générales et locales du pays et duché du Bourbonnais*, vol. 2, 1780.

M. Frigot, *Coutume de Normandie*, t. 1, 1779.

L. Callot, *Traité des retraits*, 1779.

R.-J. Pothier, *Traité du contrat de louage*, 1778.

- A.-M. Poullain du Parc, *La coutume et la jurisprudence coutumière de Bretagne dans leur ordre naturel*, 1778.
- G. du Rousseaud de la Combe, *Œuvres de M. Antoine Despeisses*, t. 1, 1778.
- T.-J.-A. Cottureau, *Le droit général de la France et le droit particulier à la Touraine et au Lodunois*, t. 1, 1778.
- É. Leroyer de La Tournerie, *Nouveau commentaire portatif de la Coutume de Normandie*, t. 2, 1778.
- B.-L. Molières-Fonmaur, *Traité des droits de quint, lods et ventes*, t. 1, 1778.
- V. Mignot, *Traité de la représentation et du privilège du double lien*, 1777.
- B.-L. Le Camus d'Houlouve, *Coutumes du Boulonnais*, t. 2, 1777.
- L. Olivier de Saint-Vast, *Commentaire sur les coutumes du Maine et d'Anjou*, t. 1, 1777.
- D. Le Brun, *Traité des successions*, t. 3, 1775.
- H. Cochin, *Recueil de ses mémoires et consultations*, t. 6, 1775.
- L. Ventre, *Collection de jurisprudence sur les matières féodales et les droits seigneuriaux*, 1773.
- P.-P.-N. Henrion de Pansey, *Traité des fiefs de Dumoulin, analysé et conféré avec les autres feudistes*, 1773.
- R.-J. Pothier, *Traité de la vente*, 1772.
- F. Bourjon, *Le droit commun de la France*, t. 1, 1770.
- G. du Rousseaud de la Combe, *Recueil de jurisprudence civile du pays de droit écrit et coutumier*, 1769.
- C.-J. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 2, 1769.
- J.-B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, t. 2, partie 2-2, 1768.
- L.-A. Sevenet, *Coutume du bailliage de Melun*, 1768.
- H. Lacombe de Prezel, *Dictionnaire portatif de jurisprudence et de pratique*, t. 3, 1763.
- J.-B.-L. Harcher, *Traité des fiefs sur la Coutume de Poitou*, t. 1, 1762.
- M. Pesnelle, *Coutume de Normandie*, 1759.
- Recueil de plusieurs arrêts remarquables du Parlement de Toulouse de 1730 à 1734*, t. 5, 1758.
- A. Laplace, *Dictionnaire des fiefs et autres droits seigneuriaux utiles et honorifiques*, 1757.
- G. Davot, *Traités de droit français à l'usage du duché de Bourgogne*, t. 4, 1753.

- A. Lapeyrère, *Décisions sommaires du Palais*, 1749.
- F. Gayot de Pitaval, *Causes célèbres et intéressantes avec les jugements*, t. 4, 1746.
- P. Viallanes, *Coutumes du haut et bas pays d'Auvergne*, t. 1, 1745.
- J. de Combolas, *Décisions notables sur diverses questions du droit dans les arrêts du Parlement de Toulouse*, 1744.
- C.-J. Ferrière, *Nouvelle introduction à la pratique*, t. 2, 1739.
- G. Argou, *Institution au droit français*, t. 2, 1739.
- B.-J. Bretonnier, *Œuvres de M. Claude Henrys*, t. 2, 5^e éd., 1738.
- M. Sauvageau, *Coutumes de Bretagne, 1737, obs. sur d'Argentré*.
- F. Perrier, *Arrêts notables du Parlement de Dijon*, t. 1, 1735.
- F.-I. Dunod de Charnage, *Traité des retraits*, 1733.
- J. Boucheul, *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Poitou*, t. 1, 1727.
- P.-J. Brillon, *Jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, t. 1, 1727.
- P.-J. Brillon, *Jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, t. 6, 1727.
- J. Savary des Bruslons, *Dictionnaire universel de commerce*, 1726.
- C. Pocquet de Livonnière, *Coutumes d'Anjou*, t. 1, 1725.
- Recueil de plusieurs arrêts remarquables du Parlement de Toulouse de 1702 à 1714*, 1715.
- L. Le Grand, *Coutume de Troyes*, 3^e éd., 1715.
- P. de Merville, *La coutume de Normandie*, 1707.
- C. Duplessis, *Traité sur la coutume de Paris*, 1699.
- N. Danty, *Traité de la preuve par témoins en matière civile, contenant le commentaire de Me Jean Boiceau sur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins en latin et en français*, 1697.
- N. Chorier, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape*, 1692.
- F. Jamet de La Guessière, *Journal des principales audiences du Parlement*, t. 2, 1692.
- H. de Boniface, *Arrêts notables du Parlement de Provence*, t. 4, 1689.
- H. Basnage de Franquesnay, *Coutume de Normandie*, t. 2, 1681.
- J. Brodeau, *La coutume de Paris*, t. 1, 2^e éd., 1669.
- G. de Maynard, *Abrégé du recueil des arrêts notables du Parlement de Toulouse*, 1657.
- G. de Maynard, *Questions de droit écrit dans les arrêts du Parlement de Toulouse*, 1638.

J. de Montholon, *Arrêts de la Cour prononcés en robes rouges*, 1622.

L. Le Caron, *La coutume de la ville, prévôté et vicomté de Paris ou droit civil parisien*, 1613.

P. Le Proust, *Commentaires sur les coutumes du pays de Loudunois*, 1612.

d'Argentré, *De Laudimiis*, cap. 14, 1605.

C. Dumoulin, *Commentarii in consuetudines Parisienses*, 1539.

Index

Absence d'acceptation : 91, 100, 329

Absence d'action du promettant d'une promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 404, 408

Absence d'action du promettant d'une promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 641

Absence d'action du promettant du pacte de préférence : 641

Absence d'offre : 91, 100, 206

Absence de motif légitime pour la rupture des pourparlers : 103

Absence de notification de consentement complet en violation d'une obligation : 644 et s.

Absence de volonté de contracter sérieuse : 97, 103, 109, 114, 121, 141, 206, 329

Abus de droit de révoquer l'offre : 232 et s.

Abus de droit et silence : 305

Acceptation expresse : 269 et s.

Acceptation tacite : 271 et s.

Accidentalita : 16

Accord de négociation : 89, 131

Accord de pourparlers : 89, 131

Accord de principe : 89, 119, 124, 131

Accord partiel : 89, 119, 124

Accord préliminaire : 131

Accord préparatoire : 119, 131

Acte authentique : 204

Acte matériel et consentement : 178, 271

Acte sous signature privée : 204

Acte unilatéral non obligatoire : 156, 161, 163, 276

Acte unilatéral obligatoire : 154, 155, 166 et s.

Action interrogatoire : 667 et s.

Action paulienne : 347, 580, 651, 656

Adéquation avec l'offre : 281
Affiche : 177, 287
Agencement des obligations : 24
Agrément : 73
Amélioration de la chose et pacte de préférence : 629
Amélioration de la chose et promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 530
Amélioration de la chose et promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 629
Amélioration de la chose et promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements : 629
Antériorité et offre : 187, 188
Annonce : 107, 120
Appel d'offre : 107, 112, 119
Atteinte à l'image ou à la réputation : 98, 104, 110, 115, 122, 127, 128, 134, 135, 142, 546, 559, 585, 647, 682
Article 3 de la loi n° 72-1137 : 334
Article 7 de la loi n° 78-22 : 334
Article 23 de la loi n° 84-595 : 242, 258
Article 46 du Code de procédure civile : 348
Article 420 ancien du Code de procédure civile : 348
Article 894 du Code civil : 188
Article 932 du Code civil : 152, 272, 275, 360
Article 1100-1 du Code civil : 161
Article 1102 du Code civil : 206
Article 1109 du Code civil : 55
Article 1112 du Code civil : 90, 97, 102, 109, 114, 120, 121, 141
Article 1112-1 du Code civil : 90
Article 1112-2 du Code civil : 7, 90
Article 1113 du Code civil : 176, 177, 178, 179, 194, 268, 443
Article 1114 du Code civil : 53, 107, 119, 146, 192, 198
Article 1115 du Code civil : 248 et s.
Article 1116 du Code civil : 150, 151, 155, 162, 172, 183, 210, 212, 220, 248 et s., 262
Article 1117 du Code civil : 151, 155, 172, 183, 212, 220, 221, 226, 227, 229, 261

Article 1118 du Code civil : 53, 216, 265, 277, 333
Article 1119 du Code civil : 283
Article 1120 du Code civil : 295 et s.
Article 1121 du Code civil : 211, 270, 355
Article 1122 du Code civil : 327, 334 et s., 364 et s.
Article 1123, alinéa 2, du Code civil : 659 et s., 674 et s.
Article 1123, alinéas 3 et 4, du Code civil : 666 et s.
Article 1124, alinéa 2, du Code civil : 568 et s.
Article 1124, alinéa 3, du Code civil : 586 et s.
Article 1127-1 du Code civil : 243, 258
Article 1129 ancien du Code civil : 605
Article 1133 du Code civil : 68
Article 1134 du Code civil : 69
Article 1135 ancien du Code civil : 529, 581, 649, 650, 653, 681
Article 1135 du Code civil : 72
Article 1136 du Code civil : 70
Article 1142 ancien du Code civil : 573, 580, 648, 656, 657
Article 1143 ancien du Code civil : 648
Article 1144 ancien du Code civil : 648, 685
Article 1146 ancien du Code civil : 580
Article 1159 ancien du Code civil : 348
Article 1162 du Code civil : 38, 609
Article 1163 du Code civil : 54, 70, 605, 610
Article 1164 du Code civil : 608
Article 1165 du Code civil : 27, 54
Article 1168 du Code civil : 520, 616
Article 1169 du Code civil : 520, 616
Article 1170 du Code civil : 22, 76, 687
Article 1186 du Code civil : 75
Article 1194 du Code civil : 529
Article 1195 du Code civil : 528, 626
Article 1346-1 du Code civil : 272

Article 1359 du Code civil : 178, 204, 324
Article 1370 ancien du Code civil : 167
Article 1375 du Code civil : 204
Article 1376 du Code civil : 204
Article 1412-1 du Code du travail : 348, 367, 368
Article 1432 du Code civil : 272
Article 1540 du Code civil : 272
Article 1583 du Code civil : 605
Article 1589 du Code civil : 381 et s., 425
Article 1589-2 du Code civil : 523 et s.
Article 1591 du Code civil : 605
Article 1675 du Code civil : 520
Article 1738 du Code civil : 178, 272, 311
Article 1984 du Code civil : 188
Article 1985 du Code civil : 272, 360
Article 2292 du Code civil : 272
Article L112-2 du Code des assurances : 311
Article L112-10 du Code des assurances : 334
Article L121-18 ancien du Code de la consommation : 243, 258
Article L121-20 ancien du Code de la consommation : 334
Article L121-25 ancien du Code de la consommation : 334
Article L121-69 ancien du Code de la consommation : 334
Article L121-102 du Code de la consommation : 334
Article L132-5-1 du Code des assurances : 334
Article L145-10 du Code de commerce : 311
Article L211-16 du Code des assurances : 334
Article L221-18 du Code de la consommation : 334
Article L224-79 du Code de la consommation : 334
Article L224-91 du Code de la consommation : 334
Article L224-99 du Code de la consommation : 334
Article L271-1 du Code de la construction : 243, 258, 327
Article L290-1 du Code de la construction : 521

Article L290-2 du Code de la construction : 523
Article L311-8 ancien du Code de la consommation : 242, 258
Article L311-12 ancien du Code de la consommation : 334
Article L311-15 ancien du Code de la consommation : 334
Article L311-16 ancien du Code de la consommation : 334
Article L312-10 ancien du Code de la consommation : 242, 258
Article L312-18 du Code de la consommation : 188, 242, 258
Article L312-19 du Code de la consommation : 334
Article L313-34 du Code de la consommation : 188, 242, 258, 327
Article L314-6 ancien du Code de la consommation : 242, 258
Article L315-10 du Code de la consommation : 242, 258
Article L341-16 du Code monétaire et financier : 334
Article L342-18 ancien du Code monétaire et financier : 334
Article L411-50 du Code rural : 311
Article L412-8 du Code rural : 361
Article L444-8 du Code de l'éducation : 243, 258, 327
Article L642-2 du Code de commerce : 242, 258
Article L1237-13 du Code du travail : 334
Article R442-12 du Code de l'urbanisme : 523
Assimilation de la promesse synallagmatique et du contrat promis : 423
Assistance bénévole : 181
Attitude : 178, 271
Avant-contrats : 370, 391, 474
Avant-contrat de Demolombe : 151, 391
Bail : 14, 15, 18, 22, 34, 178, 452, 464, 487, 581
Bon de commande : 177, 192
Bonne foi dans la négociation et la formation : 90
Bonne foi dans le pacte de préférence : 663, 686, 687
Brutalité de la rupture des pourparlers : 103
But : 38, 73
Caducité : 75
Calendrier des pourparlers : 132

Capacité et pacte de préférence : 612
Capacité et promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 518
Capacité et promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 612
Capacité et promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements : 612
Caractère éclairé de l'acceptation : 283
Catalogue : 177
Cautonnement : 452
Cause catégorique : 22
Cause de l'acte juridique : 38
Cause de l'obligation : 22, 25, 75, 82 et s., 87
Cession de contrat : 73, 531, 532, 659
Cession de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 533
Cession de la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 627
Cession du contrat violant le pacte de préférence : 655 et s.
Champ contractuel : 68, 69, 72, 73, 283
Changements économiques, juridiques ou fiscaux et offre : 219
Choses essentielles, naturelles et accidentelles : 13, 377
Circonstances : 178, 271, 314
Clause attributive de compétence : 25, 37
Clause compromissoire : 37, 182
Clause d'exclusivité : 37
Clause d'exécution forcée : 562, 575
Clause d'offre concurrente : 485
Clause de dédit : 449
Clause de renouvellement : 318
Clause de révocation unilatérale de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 576
Clause essentielle : 18
Clause limitative ou exonératoire de responsabilité : 22, 25, 26
Clause pénale : 449, 520, 561, 577
Co-offrants : 188
Complaisance : 181

Complétude : 39 et s., 43, 60 et s., 91, 119, 185, 192, 281
Comportement : 178, 271
Conclusion forcée du contrat promis par le pacte de préférence : 656 et s.
Concordance de l'offre et de l'acceptation : 281
Condamnation à la conclusion du contrat promis par le pacte de préférence : 656 et s.
Condition accessoire : 19
Condition capitale : 18
Condition déterminante du consentement : 19
Condition essentielle : 18, 377, 382
Condition extinctive de l'acceptation : 340
Condition extinctive de l'effet de conclusion de l'offre : 193, 212, 219, 438
Condition extinctive de l'obligation de non-anéantissement de l'offre : 212
Condition extinctive de la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 636
Condition extinctive de la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements :
636
Condition extinctive du pacte de préférence : 636
Condition générale : 289
Condition nécessaire à la formation : 377
Condition potestative : 180, 615
Condition résolutoire de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 539
Condition résolutoire de la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 636
Condition résolutoire de la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements :
636
Condition résolutoire du pacte de préférence : 636
Condition substantielle : 18, 19
Condition suspensive : 16, 56, 75
Condition suspensive de l'effet de conclusion de l'offre : 193, 211, 438
Condition suspensive de l'effet de conclusion de l'acceptation : 362, 365, 366, 438
Condition d'existence : 51 et s.
Condition de conclusion : 51 et s.
Conditions de preuve de l'offre : 204
Conditions de validité de l'offre : 205

Conduite : 178, 271
Confirmation : 96, 107
Conformité de l'acceptation à l'offre : 281
Connaissance de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte de préférence : 661 et s.
Connaissance de l'offre : 283
Connaissance du pacte de préférence : 660 et s.
Consensualisme : 205, 426
Consentement incomplet : 56, 118 et s., 192
Contenu de l'acceptation : 283
Contenu du contrat : 24, 25, 68, 69, 72, 73, 75
Contenu d'un contrat spécial : 29 et s.
Contenu essentiel à la complétude du consentement : 39 et s.
Contrat à l'essai : 317
Contrat aléatoire : 84
Contrat à titre gratuit : 86
Contrat cadre : 227, 488 et s.
Contrat cadre d'affacturage : 500
Contrat cadre d'escompte : 499
Contrat cadre d'exploitation des droits d'auteurs : 503
Contrat cadre de cession Dailly : 501
Contrat cadre de distribution : 490 et s.
Contrat cadre de réserve de propriété : 505
Contrat cadre de service : 507
Contrat cadre de service bancaire : 502
Contrat cadre de sous-traitance : 506
Contrat cadre relatif à la forme : 504
Contrat commutatif : 83
Contrat d'affiliation : 496
Contrat d'approvisionnement exclusif : 491
Contrat d'édition : 487
Contrat d'entreprise : 26, 27, 33, 34, 54, 452, 487,
Contrat de bière : 491

Contrat de concession exclusive : 490
Contrat de distribution sélective : 492
Contrat de distribution agréée : 493
Contrat de franchise : 494
Contrat de négociations : 89, 131
Contrat de non-anéantissement de consentement incomplet : 91, 119, 123 et s.
Contrat de notification de consentement incomplet : 91, 119, 130 et s.
Contrat de pompiste : 491
Contrat de pourparlers : 89, 131
Contrat de proposition : 391
Contrat de société : 452
Contrat de référencement : 495
Contrat de travail : 452, 487
Contrat préalable : 391
Contrat préliminaire : 89, 391
Contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire : 486
Contrat préparatoire : 370, 391
Contrat provisoire : 89, 131
Contrat réel : 44 et s., 85, 452, 464, 469
Contrat solennel : 205
Contrat temporaire : 89, 131
Contrats interdépendants : 75
Contrepartie à l'exclusivité de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 448
Contrepartie à l'obligation de non-anéantissement de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 448
Contrepartie dérisoire : 520, 616
Contrepartie illusoire : 520
Contreproposition : 100, 216, 217, 219, 338
Convention d'assistance : 315
Convention sur le silence : 316
Courtoisie : 181

Création fautive de l'offre : 206

Curatelle de l'offrant : 228

Datation du contrat : 346, 362, 365

Date de transfert de propriété : 56, 347

Décès d'une partie au contrat : 75

Décès de l'acceptant : 341

Décès de l'offrant : 223, 224, 225, 226, 227

Décès du destinataire de l'offre : 229

Décès et pacte de préférence : 637

Décès et promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 548

Décès et promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 637

Décès et promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements : 637

Déception : 98, 104, 110, 115, 122, 127, 128, 134, 135, 142, 207, 245, 330, 529, 546, 559, 585, 625, 647, 650, 653, 670, 682

Décision du juge valant le contrat promis par le pacte de préférence : 656 et s.

Déclaration de l'acceptation : 352, 363

Délai raisonnable et extinction de l'offre : 237

Délai raisonnable et extinction de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 540

Délais de l'offre de l'article 1116 du Code civil : 150, 169, 212, 220, 260, 261

Délais de l'offre de l'article 1117 du Code civil : 150, 169, 212, 220, 221, 261

Délai de réflexion avant acceptation de l'offre : 327

Délai de rétractation de l'offre : 327, 334

Délais légaux de maintien de l'offre : 242, 259

Demande d'information ou de renseignement : 112, 181

Dépenses de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 546, 585

Dépenses de la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 647

Dépenses de la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements : 647

Dépenses de réception de l'offre : 207, 245

Dépenses du pacte de préférence : 647

Dépôt : 46, 101, 181

Déroulement des pourparlers : 89, 90, 96, 108, 113, 120, 137, 138, 139, 140

Déséquilibre et pacte de préférence : 614, 626

Déséquilibre et promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 520, 528

Déséquilibre et promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 614, 626

Déséquilibre et promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements : 614, 626

Destruction de la chose et pacte de préférence : 650

Destruction de la chose et promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 546

Destruction de la chose et promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 650

Destruction de la chose et promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements : 650

Destruction de la chose offerte : 231

Détérioration de la chose et pacte de préférence : 653

Détérioration de la chose et promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 529

Détérioration de la chose et promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 628, 649

Détermination de l'objet de l'obligation : 231

Devis : 177

Devoir d'information : 78, 90

Discernement : 180

Discrimination : 102

Dissolution et pacte de préférence : 638

Dissolution et promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 549

Dissolution et promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 638

Dissolution et promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements : 638

Disparition d'un contrat interdépendant : 75

Disparition de l'indice : 75

Disparition de l'objet de l'obligation : 75

Disparition de la capacité : 75

Disparition de la contrepartie : 75

Disparition de la licéité : 75

Disparition de la possibilité : 75

Disposition de la chose offerte : 231

Distinction des contrats à titre gratuit et à titre onéreux : 81

Distinction des contrats unilatéraux et synallagmatiques : 80, 204

Distinction de la rétractation et de la révocation : 249

Distributeur automatique : 177, 273

Divulgarion : 90

Document contractuel : 283

Donation : 33, 34, 80, 81, 86, 487

Donation indirecte : 38

Don manuel : 44, 46

Données essentielles : 19

Droit à la conclusion : 156

Droit d'option : 402, 403, 420, 421, 422, 448, 476

Droit de préemption : 475, 657

Droit de préférence : 476

Droit de priorité : 476

Droit de propriété : 613

Droit potestatif : 25, 154, 156, 402, 403, 422

Échange : 19, 33, 34, 59,

Éclairé : 283

Économie du contrat : 22, 24

Écrit : 284, 285

Effet abstrait essentiel à la complétude du consentement : 41, 53, 61, 186

Effet accessoire d'un contrat spécial : 32

Effet de conclusion essentiel à l'offre : 147 et s., 192

Effet de conclusion essentiel à l'acceptation : 211

Effet de conclusion de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 421, 445

Effet de conclusion de la promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements : 456

Effet essentiel d'un contrat spécial : 31

Effet légal d'un contrat spécial : 36

Effets essentiels de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 445 et s.

Efficacité de la révocation unilatérale de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 556, 564, 570

Élément accessoire : 19

Élément accidentel : 16, 19

Élément adventice : 19

Élément caractéristique : 18

Élément concret essentiel à la complétude du consentement : 42, 54, 62, 186

Élément concret légalement essentiel à la complétude du consentement : 54

Élément concret volontairement essentiel à la complétude du consentement : 56, 73, 437, 463, 468

Élément constitutif : 19, 72, 75

Élément déterminant : 19, 68, 69, 72, 75

Élément essentiel à la formation : 26, 27

Élément essentiel à la qualification : 26, 27

Élément essentiel à la validité : 18

Élément essentiel en considération de la nature ou de la volonté : 19

Élément essentiel, naturel ou accidentel : 13, 377, 382

Élément essentiel ou accessoire : 14, 18, 68, 69, 72

Élément fondamental : 75

Élément nécessaire à la formation : 18, 377

Élément objectivement ou subjectivement essentiel : 19

Élément principal : 18

Élément secondaire : 19

Élément substantiel : 68, 69, 377,

Engagement d'honneur : 182

Enregistrement de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 523 et s.

Enregistrement de la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 619

Enregistrement du pacte de préférence : 619

Équivocité et offre : 194, 195

Équivocité et acceptation : 269

Erreur-obstacle : 59

Erreur inexcusable : 71

Erreur sur la valeur : 70
Erreur sur le prix : 59
Erreur sur le motif : 72
Essentialia : 14, 18
Étendue de l'acceptation : 283
Études précontractuelles : 103, 207
Exclusivité des pourparlers : 132, 135
Exclusivité et promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 413, 419, 463, 468, 473
Exécution forcée et offre : 231
Exécution forcée et pacte de préférence : 648 et s., 656 et s., 685 et s.
Exécution forcée et promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 560, 570, 571, 573, 583
Exécution forcée et promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 648 et s., 656 et s., 685 et s.
Exécution forcée et promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements : 648 et s., 656 et s., 685 et s.
Expédition : 353
Expropriation et promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 547
Fait du promettant : 404, 408
Fait juridique : 150 et s., 162, 164, 275
Fait matériel et consentement : 178, 271
Fermeté de l'offre : 73, 191 et s.
Formalisme de validité de l'offre : 205, 435
Formalisme de validité de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 521
Formalisme de validité de la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 618
Formalisme de validité de la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements : 618
Formalisme de validité du pacte de préférence : 618
Forme des pourparlers : 132
Forme essentielle à la complétude du consentement : 43, 55, 57, 63, 435, 436, 463, 468
Frais de conclusion : 207, 263, 330, 647, 682

Frais de négociation : 98, 103, 104, 110, 122, 127, 134, 142, 263, 330

Fraude au pacte de préférence : 655, 656, 657, 658

Fraus omnia corrumpit : 580, 655, 656, 657

Gage : 46

Garantie contre les vices cachés : 15, 36

Garantie de la solvabilité et cession de créance : 16

Habilitation familiale de l'offrant : 228

Histoire de l'offre et de l'acceptation : 144, 146, 265

Histoire des pourparlers : 88

Histoire des promesses de contrat : 370 et s., 406, 411

Histoire du contrat cadre : 488

Histoire du pacte de préférence : 471

Honneur : 182

Hypothèque : 452, 581

Illicéité : 75

Impossibilité de conclure : 75, 97, 103, 109, 114, 121, 141, 206, 329

Impossibilité de l'objet : 75

Inactivité et pacte de préférence : 641

Inactivité et promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 404, 408

Inactivité et promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 641

Incapacité : 75

Incapacité de l'offrant : 228

Incapacité de l'acceptant : 342

Incapacité du destinataire de l'offre : 230

Incapacité du promettant d'une promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 550

Incapacité du promettant d'une promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 639

Incapacité du promettant d'une promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements : 639

Incapacité du promettant du pacte de préférence : 639

Indemnité d'immobilisation : 446 et s.

Indice : 75, 231, 347

Inefficacité de la révocation de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 556, 564, 570 et s.

Inexécution de la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 553, 554, 644 et s.

Inexécution directe du pacte de préférence : 652, 654

Inexécution indirecte du pacte de préférence : 653, 654

Inexistence : 58

Initiative des pourparlers ou négociations : 89, 90, 96, 108, 113, 120, 137, 138

Information de l'acceptation : 354

Interdépendance entre contrats : 75

Intérêt exclusif du destinataire de l'offre : 315

Interpellation interrogative : 667 et s.

Interprétation : 177, 269, 302, 348

Intuitus personae : 56, 69, 73, 75, 192, 227, 229

Invitation de courtoisie : 181

Invitation à entrer en pourparlers ou en négociation : 89, 91, 95, 107, 112, 119, 192

Iter contractus : 56, 103, 116, 122, 125, 132, 463

Jeu : 180

Langage : 177

Lésion : 347

Lésion dans la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 520

Lésion dans la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 614

Lésion dans le pacte de préférence : 614

Lettre : 177

Lettre d'intention : 89, 95, 119, 124, 131

Lettre d'interrogation : 112

Liberté contractuelle : 90, 102, 154, 206, 251, 406, 411, 566, 609

Liberté des pourparlers ou négociations : 90, 97, 109, 114, 121, 141

Libre-service : 96

Licéité de l'objet de l'obligation de notifier un consentement complet : 607

Lieu des pourparlers ou négociations : 132

Localisation du contrat : 348, 349, 363, 367

Loterie : 180

Levée d'option et acceptation du contrat promis : 273

Lever la main dans une vente publique : 273

Mandat : 272

Mandat de protection future : 128

Manifestation de volonté de contracter : 176 et s., 204, 205

Mauvaise foi dans le pacte de préférence : 655 et s., 670

Mise en demeure et promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 542

Mise en demeure interrogatoire : 667 et s.

Mobile : 38, 72, 580, 584

Modalités du contrat : 19

Modification de l'acceptation : 331

Modification de l'offre : 193, 209, 210

Modification de la situation juridique : 207

Modification du contrat : 74

Motif : 38, 72, 580, 584

Nature de l'acceptation : 274 et s.

Négociations : 88 et s.

Non-création fautive de l'offre : 206

Non-équivocité de l'offre : 194, 195

Notification de l'acceptation : 270

Notification de l'offre : 197

Notification du consentement en exécution de l'obligation de le notifier : 622 et s., 631 et s., 644 et s.

Notaire : 96

Nullité du contrat violant le pacte de préférence : 655 et s., 660 et s., 674

Nullité du contrat violant la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 579 et s., 589 et s.

Objectif des parties : 24

Objet de l'obligation : 18, 24, 25, 54, 75

Objet de l'obligation de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 545

- Objet de l'obligation de la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 603
- Objet de l'obligation de la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements : 604
- Objet de l'obligation du contrat cadre : 606
- Objet de l'obligation du pacte de préférence : 605
- Objet du contrat : 24
- Obligation caractéristique : 24
- Obligation d'accomplir une formalité : 439
- Obligation d'immobilisation : 417
- Obligation d'organiser la perfection : 403, 439
- Obligation de conclure : 402, 405, 429, 439, 510
- Obligation de consentir : 402, 405, 406, 439
- Obligation de considérer le contrat conclu : 403
- Obligation de contracter : 405, 439, 510
- Obligation de donner un bien : 390, 416, 565
- Obligation de donner le consentement : 402, 405, 406, 439
- Obligation de faire un contrat : 402, 439
- Obligation de faire advenir un élément constitutif du contrat : 439
- Obligation de garantie : 15
- Obligation de maintien de l'offre créée par l'article 1116 du Code civil : 172, 183, 212, 252, 258, 263
- Obligation de maintien de l'offre créée par la promesse unilatérale de contrat : 391 et s.
- Obligation de manifester un consentement : 402
- Obligation de négocier : 480
- Obligation de ne pas anéantir l'offre créée par la volonté unilatérale de l'offrant : 147 et s., 165 et s., 171 et s., 183, 212, 227
- Obligation de ne pas anéantir un consentement complet créée par la promesse unilatérale de contrat contenant ce consentement : 404, 407, 421, 444, 557
- Obligation de ne pas anéantir un consentement incomplet : 123 et s.
- Obligation de ne pas conclure : 413, 481
- Obligation de ne pas contracter : 481
- Obligation de ne pas disposer de la chose : 413, 481

Obligation de ne pas faire d'acte contre la conclusion : 413
Obligation de ne pas faire disparaître un élément du contrat : 413
Obligation de ne pas retirer un consentement : 413
Obligation de notifier un consentement complet : 460 et s., 480, 483 et s., 511 et s.
Obligation de notifier un consentement incomplet : 130 et s.
Obligation de passer un contrat : 402, 405, 439, 510
Obligation de *praestare* : 417
Obligation de préférence : 480
Obligation de priorité : 480
Obligation de réaliser un contrat : 402, 439
Obligation de réaliser un fait conditionnant la formation : 403, 440
Obligation de remise de la chose : 439
Obligation de signer : 439
Obligation de vendre : 402, 430, 439
Obligation essentielle : 22, 76
Obligation essentielle, naturelle ou accidentelle : 13
Obligation fondamentale : 22
Obligation principale : 22, 24
Obligation portant sur un consentement : 406
Obligations essentielles : 18, 23, 25
Offre à personne déterminée ou indéterminée ou au public : 198
Offre conjointe : 188
Offre de crédit sous réserve d'acceptation de l'assurance : 193
Offre de pourparlers : 119
Offre expresse : 177
Offre tacite : 178, 204
Option : 25, 156, 391, 403
Organisation conventionnelle des pourparlers : 132
Pacte d'option : 402, 403, 440
Pacte de préférence : 471 et s.
Partage : 487
Perfection : 75

Perte d'une chance de conclure et d'exécuter le contrat : 98, 104, 110, 115, 122, 127, 134, 142, 207, 245, 262, 330, 529, 546, 559, 585, 593, 647, 683

Perte de la capacité : 75

Perte de la propriété et pacte de préférence : 640

Perte de la propriété et promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 640

Perte de la propriété et promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements : 640

Perte du gain attendu du contrat : 98, 104, 110, 115, 122, 127, 134, 142, 207, 245, 262, 330, 529, 546, 559, 585, 593, 647, 683

Point accessoire : 19

Point essentiel : 18, 19

Point secondaire : 19

Possibilité de l'objet de l'obligation de notifier un consentement complet : 608

Pourparlers : 88 et s.

Pouvoir : 156

Potestativité de la condition et pacte de préférence : 615

Potestativité de la condition et promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 615

Potestativité de la condition et promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements : 433

Précision du consentement : 73, 91, 185,

Prérogative du bénéficiaire de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 414

Prescription : 347

Prescription de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 541

Présomption d'acceptation : 271 et s., 303

Présomption d'offre : 178, 204

Présomption de révocation de l'offre : 221

Prestation caractéristique : 18, 22

Prestation essentielle : 18, 22, 24

Prestation objet du contrat : 22

Prêt : 34, 45, 46, 75, 80, 81, 85, 452, 487

Prêt par un professionnel du crédit : 47, 452

Preuve de l'acceptation : 324 et s.
Preuve de l'offre : 204
Preuve de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 522
Preuve de la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 617
Priorité : 413
Prix à débattre : 192
Prix de l'option : 448
Prix de vente : 14, 16, 18, 19, 59
Prix du contrat d'entreprise : 26, 27, 54
Prix et contrat cadre : 606
Prix et pacte de préférence : 605
Prix et promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 603
Prix et promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements : 604
Procédure collective de l'offrant : 228, 347
Projet : 95, 96, 436
Promesse de contrat réel : 45
Promesse familiale : 181
Promesse mondaine : 181
Promesse unilatérale de contrat : 400 et s.
Promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 444 et s., 518 et s.
Promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 56, 204, 460 et s.
Promesse synallagmatique de contrat : 423 et s.
Promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements : 391, 455 et s.
Promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements : 56, 204, 465 et s.
Promesses unilatérales de contrat croisées : 454
Proposition simple : 119
Propriété et pacte de préférence : 610, 613
Propriété et promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 519
Propriété et promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 610, 613
Propriété et promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements : 610, 613
Propriétés essentielles, naturelles et accidentelles : 13
Protocole d'accord : 89, 95, 119, 124, 131

Publicité commerciale : 286

Publicité foncière de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 523

Publicité foncière du pacte de préférence : 618

Punctatio : 89, 119, 124, 131, 436

Pure et simple acceptation : 281

Ratification : 107

Réception de l'acceptation : 355

Recto et verso : 284

Refus de contracter : 91, 99 et s., 215, 217, 219, 338, 543, 634

Relations habituelles et acceptation : 313

Remise de la chose dans les contrats réels : 44 et s., 181

Renonciation à la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 544

Renonciation à la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 632

Renonciation à la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements : 632

Renonciation au pacte de préférence : 632

Requalification : 450

Réserve : 119, 191 et s., 281

Réserve d'agrément : 73, 192

Réserve d'épuisement des stocks : 193, 231

Responsabilité contractuelle et pacte de préférence : 681 et s.

Responsabilité contractuelle et promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 585

Responsabilité contractuelle et promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 645 et s.

Responsabilité contractuelle et promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements : 646 et s.

Responsabilité extracontractuelle et pourparlers : 88 et s.

Responsabilité extracontractuelle et offre : 244 et s.

Rétractation et révocation : 249

Révélation d'une information : 90, 206

Révocation de l'acceptation : 333

Révocation de l'offre : 100, 193, 232 et s.

Révocation de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 544, 552 et s., 564, 570

Révocation de la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 633

Révocation de la promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements : 633

Révocation du pacte de préférence : 633

Risques de la vente : 15

Rupture des pourparlers : 91, 97, 103

Sanctions de l'inexécution du pacte de préférence : 655 et s., 659 et s.

Sauvegarde de justice de l'offrant : 228

Sérieux et volonté de contracter : 97

Signature : 204

Silence : 295 et s.

Simple proposition : 119

Sommation interpellative : 667 et s.

Soulte dans l'échange : 19

Summa divisio des instruments précontractuels : 8, 9

Substitution dans le contrat promis par la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 534

Substitution dans le contrat promis par le pacte de préférence : 655 et s., 659 et s., 675 et s.

Tacite reconduction : 178, 272, 311

Taxi : 178

Terme extinctif : 75

Terme extinctif de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement : 538

Terme extinctif de la promesse unilatérale de contrat projetant un consentement : 635

Termes extinctifs des effets de l'acceptation : 340, 362

Termes extinctifs des effets de l'offre : 193, 212, 218, 259

Terme suspensif d'un effet du contrat : 16, 56

Terme suspensif de l'effet de conclusion de l'offre : 193, 211, 220, 438

Transfert de propriété et des risques dans la vente : 347, 427

Transmission à cause de mort : 73

Transport : 181

Tutelle de l'offrant : 228

Utilisation d'une information précontractuelle : 115

Usage et acceptation : 312

Vente : 13 et s., 18, 19, 22, 23, 34, 36, 81, 83, 84, 132, 376, 390, 451, 464, 469, 486, 581

Vente d'immeuble : 457, 486

Violation de la promesse unilatérale de contrat contenant un consentement avec un tiers : 578
et s.

Vitrine : 177

Volonté de manifester un consentement complet : 91, 94 et s., 103

Volonté de manifester un consentement incomplet : 137

Volonté de ne pas manifester un consentement complet : 91, 99 et s.

Volonté de ne pas manifester un consentement incomplet : 138

Volonté de recevoir un consentement complet : 91, 103, 106 et s.

Volonté de recevoir un consentement incomplet : 139

Volonté de recevoir une information sur un consentement complet : 103, 111 et s., 192

Volonté de recevoir une information sur un consentement incomplet : 140

Volonté de susciter une offre : 107

Annexe : tableau des instruments précontractuels

Les instruments précontractuels relatifs à un consentement complet		Les instruments précontractuels relatifs à un consentement incomplet			
Les instruments précontractuels relatifs à un consentement complet et présent		Les instruments précontractuels relatifs à un consentement incomplet et présent		Les instruments précontractuels relatifs à un consentement incomplet et futur	
Les actes juridiques unilatéraux contenant un consentement complet et présent	Les contrats contenant un consentement complet et présent	Les contrats relatifs à un consentement complet et futur		Les faits relatifs à un consentement incomplet et futur	
	<i>L'offre</i>	Les faits relatifs à un consentement complet et futur		Les contrats relatifs à un consentement incomplet et futur	
<i>L'acceptation</i>	La promesse unilatérale de contrat contenant un consentement (de l'article 1124)	La promesse unilatérale de contrat projetant un consentement (exemples : le pacte de préférence et le contrat cadre)	La promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements (exception jurisprudentielle à l'assimilation avec le contrat promis)	La promesse unilatérale de contrat contenant un consentement complet et futur	La promesse unilatérale de contrat projetant un consentement incomplet
	La promesse synallagmatique de contrat contenant les consentements (guère conceptualisée à ce jour)	La promesse synallagmatique de contrat projetant les consentements (exception jurisprudentielle à l'assimilation avec le contrat promis)	La promesse synallagmatique de contrat contenant un consentement complet et futur	La promesse synallagmatique de contrat projetant un consentement incomplet	La promesse synallagmatique de contrat contenant un consentement incomplet et futur

Les 13 instruments des pourparlers ou négociations

(Première partie)

Les 4 promesses de contrat

(Troisième partie)

L'offre et l'acceptation

(Deuxième partie)

Title : Research on the instruments of the pre-contractual period.

Subtitle : Essay on a general theory.

Abstract : The pre-contractual instruments could appear to be very effective in view of the mass of doctrinal writings, case law decisions and texts which concern them, including articles 1112 to 1124 of the Civil Code. However, this thesis shows that these instruments remain mysterious in many respects and that their approach can be renewed by using as a *summa divisio*, the distinction between those relating to complete consent and those relating to incomplete consent.

First, this thesis goes beyond the block approach to talks. On the one hand, it identifies nine unilateral wills issued during the talks and relating either to complete or incomplete consent. On the other hand, it conceptualizes four contracts of negotiation : two obliging not to destroy an incomplete consent and two obliging to notify an incomplete consent.

Secondly, this thesis tends to perfect the understanding of the offer and the acceptance by affirming their nature of complete consent constituting a unilateral juridical act, having for its essential effect, an effect of conclusion, and for its accessory effect, an obligation not to destroy it.

Finally, this thesis renews the approach to promises of contract by identifying four of them. Two of these arose in the Ancien Droit, including the synallagmatic promise, which exists by exception to the assimilation with the promised contract : they oblige to notify a complete and future consent and have as their applications the pact of preference and the framework contract. Two others require that a complete and present consent not be annihilated, including the unilateral promise in article 1124, which arose in the 19th century.

Keywords : Discussions, negotiations, offer, acceptance, unilateral promise of contract, synallagmatic promise of contract, preference pact, framework contract, preliminary contract, preparatory contract, invitation to enter into talks, invitation to enter into negotiations, *punctatio*, letter of intent, agreement in principle, partial agreement, memorandum of understanding, negotiation agreement, negotiation contract, talks agreement, preliminary contract, temporary contract, option pact.

Titre : Recherche sur les instruments de la période précontractuelle.

Sous-titre : Essai d'une théorie générale.

Résumé :

Les instruments précontractuels pourraient apparaître très performants au vu de la masse d'écrits doctrinaux, de décisions jurisprudentielles et de textes qui les concernent, dont les articles 1112 à 1124 du Code civil.

Cependant cette thèse montre que ces instruments restent mystérieux à de nombreux égards et que leur approche peut être renouvelée en utilisant comme *summa divisio*, la distinction de ceux relatifs à un consentement complet et de ceux relatifs à un consentement incomplet.

D'abord, cette thèse dépasse l'approche en bloc des pourparlers. D'une part, elle identifie neuf volontés unilatérales émises lors des pourparlers et relatives, soit à un consentement complet, soit à un consentement incomplet. D'autre part, elle conceptualise quatre contrats des pourparlers : deux obligeant à ne pas anéantir un consentement incomplet et deux obligeant à notifier un consentement incomplet.

Ensuite, cette thèse tend à perfectionner la compréhension de l'offre et de l'acceptation en affirmant leur nature de consentement complet constituant un acte juridique unilatéral, ayant pour effet essentiel, un effet de conclusion, et pour effet accessoire, une obligation de ne pas l'anéantir.

Enfin, cette thèse renouvelle l'approche des promesses de contrat en en identifiant quatre. Deux sont nées dans l'Ancien Droit, dont la promesse synallagmatique existant par exception à l'assimilation avec le contrat promis : elles obligent à notifier un consentement complet et futur et ont pour applications le pacte de préférence et le contrat cadre. Deux autres obligent à ne pas anéantir un consentement complet et présent, dont la promesse unilatérale de l'article 1124 née au XIX^e siècle.

Descripteurs :

Pourparlers, négociations, offre, acceptation, promesse unilatérale de contrat, promesse synallagmatique de contrat, pacte de préférence, contrat cadre, avant-contrat, contrat préparatoire, invitation à entrer en pourparlers, invitation à entrer en négociation, *punctatio*, lettre d'intention, accord de principe, accord partiel, protocole d'accord, accord de négociation, contrat de négociation, accord de pourparlers, contrat de pourparlers, contrat préliminaire, contrat temporaire, contrat provisoire, pacte d'option.