



Numéro 21 – Juin 2008

Quand l'offre de contrat acquiert force obligatoire : un exemple d'engagement unilatéral en droit français (Civ. 3^{ème}, 7 mai 2008, ). On sait qu'un contrat se forme par la rencontre d'une offre (ou « pollicitation ») et d'une acceptation. Mais que se produit-il lorsque l'offrant (ou « pollicitant ») a rétracté son offre avant qu'elle ait été acceptée ? L'opération envisagée est-elle irrémédiablement caduque, ou le destinataire peut-il encore accepter l'offre et donner ainsi naissance au contrat ? Réponse nuancée dans cet arrêt : « *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 époque* » ; et la Cour de déduire l'existence d'un tel engagement de ce que le pollicitant avait, en l'espèce, assorti son offre d'un *délai d'acceptation*.

Une offre de contrat assortie d'un délai d'acceptation est donc dotée d'une force obligatoire intrinsèque, qui interdit au pollicitant de la retirer avant l'expiration de ce délai. La formule a déjà été utilisée (v. not. Civ. 3^{ème}, 10 mai 1968, 2 arrêts, Bull. n° 209). Mais le lien opéré entre l'existence du délai d'acceptation et la force obligatoire n'avait, semble-t-il, jamais été exprimé avec une telle netteté (cf., assez ambigu : Civ. 3^{ème}, 10 décembre 1997, Bull. n° 223). Ce qui appelle deux observations. En premier lieu, on peut se demander par quelle vertu l'offre ainsi construite accède à la force obligatoire. En droit du contrat, un engagement n'existe que s'il a été accepté. Comment comprendre, alors, que le pollicitant soit juridiquement obligé de maintenir son offre bien qu'aucune acceptation du destinataire de celle-ci ne soit intervenue ? On en trouvera l'explication dans une thèse célèbre : celle du regretté Professeur Jean-Luc Aubert, récemment disparu, et qui fut, un temps, Conseiller à la Cour de cassation (Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, LGDJ 1970, préf. J. Flour). Cette explication réside dans la notion d'engagement unilatéral. Contrairement au contrat, qui suppose une rencontre de deux volontés au moins, l'engagement unilatéral attache des effets de droit à la manifestation *d'une seule volonté*. Le droit français offre de nombreux exemples de cet instrument atypique. Jean-Luc Aubert a soutenu que l'offre de contrat en faisait partie, à la condition qu'elle soit faite à personne déterminée et assortie d'un délai d'acceptation (op. cit.). On comprend alors que le pollicitant soit, *par le seul fait de son émission*, juridiquement tenu de la maintenir. D'où la solution retenue par l'arrêt signalé. En second lieu, il est permis de s'interroger sur la sanction résultant d'une rétractation anticipée. Le destinataire de l'offre peut-il encore former le contrat en acceptant celle-ci ? Ou bien l'offrant ne s'expose-t-il qu'à des dommages-intérêts pour avoir manqué à son engagement ? Cette question, qui n'était pas posée à la Cour en l'espèce, n'a jamais été clairement résolue. Et elle est assez épineuse. En effet, depuis un arrêt « Cruz » rendu en 1993, la rétractation d'une *promesse unilatérale* (qui, elle, est un contrat) ne donne lieu, en principe, qu'à des dommages-intérêts et non à l'exécution forcée de la vente (v. notre Lettre, mai 2007). En l'état, on ne voit guère de raisons de retenir une solution différente lorsque la rétractation affecte, non plus une *promesse*, mais une *offre*. Reste que les jours de cette jurisprudence « Cruz » sont peut-être comptés (v. notre Lettre, juill. 2006) !

Peut-on prévoir conventionnellement l'exécution forcée d'une promesse unilatérale de vente (Civ. 3^{ème}, 27 mars 2008, ) ? On vient de le rappeler, la promesse unilatérale de vente se résout, en principe, en dommages-intérêts. Cela signifie que, dans l'hypothèse où le promettant rétracte sa promesse, le bénéficiaire ne peut exiger l'exécution forcée de la vente et doit se contenter d'une réparation. Les parties peuvent-elles, néanmoins, écarter cette solution dans une stipulation ? La Cour paraît l'admettre, en rejetant un pourvoi dans les termes suivants : « *ayant retenu que si les parties à une promesse unilatérale de vente étaient libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pouvait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente (...) les actes conclus (...) n'avaient pas stipulé que l'inexécution par [le promettant] sa " promesse ferme " et de son " engagement ferme et définitif " de vendre se résoudrait par une autre voie que celle prévue à l'article. 1142 du Code civil., la cour d'appel, sans dénaturation, en a exactement déduit que [le bénéficiaire] n'était pas fondé à prétendre à une exécution en nature* ».

La 3^{ème} Ch. civ. a-t-elle ainsi ouvert aux parties la possibilité de rayer d'un trait de plume la très polémique jurisprudence « Cruz » ? Il faut rester prudent, car la décision n'est pas publiée au Bulletin des arrêts de la Cour. De fait, sa formulation pourrait prêter à la chicane, car la Haute juridiction se borne à approuver la déduction opérée par les juges d'appel, sans s'approprier directement les motifs qui la précèdent. Reste que cet arrêt est généralement présenté comme consacrant la solution qu'il paraît exprimer (F. Rome, D 2008, p. 1129 ; G. Pillet, *in* L'essentiel droit des contrats, juin 2008, p. 1). Quoi qu'il en soit, les parties qui souhaitent recourir à une telle solution n'ont *a priori* rien à perdre à insérer dans leur contrat une clause d'exécution forcée. De deux choses l'une, alors. Soit la clause est efficace, et elles auront été bien inspirées. Soit elle ne l'est pas, et elles se retrouveront dans la solution qui les aurait de toute façon gouvernées en l'absence de clause – sauf, peut-être, à envisager la nullité du contrat dans son ensemble lorsque la clause a été déterminante du consentement.

La sous-caution ne peut opposer à la caution les exceptions dont le débiteur dispose à l'égard du créancier (Com., 27 mai 2008, ¹). La caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur principal. Si elle paie cette dette, elle peut en demander remboursement à ce même débiteur principal. Mais ce dernier est le plus souvent insolvable ; de sorte que la caution en est de sa poche. Le sous-cautionnement permet de pallier ce risque. Il consiste à faire garantir la caution par une autre personne, appelée *sous caution*. Cette dernière s'oblige donc à payer, non pas ce que le débiteur doit *au créancier* (c'est le rôle de la caution), mais ce que le débiteur devra *à la caution* dans l'hypothèse où celle-ci vient à payer le créancier. La caution augmente ainsi ses chances d'être remboursée, en reportant sur la sous-caution le risque d'insolvabilité du débiteur. De là, l'espèce. Une caution paie la dette principale et se retourne ensuite contre la sous-caution. Celle-ci refuse sa garantie. Elle fait valoir, notamment, que le débiteur principal avait lui-même une créance envers le créancier, de sorte que la caution aurait dû refuser de payer en invoquant la compensation (art. 1294, al. 1^{er}, C. civ.). La question posée à la Cour était donc de savoir si la sous-caution peut opposer à la caution des moyens de défense (des « exceptions ») tirés de la dette principale. L'arrêt répond par la négative : « *la sous-caution, qui garantit la créance de la caution à l'égard du débiteur principal et non la créance du créancier initial à l'égard de ce débiteur, ne peut se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette du débiteur principal à l'égard de ce créancier, sauf à rechercher la responsabilité de la caution pour avoir fautivement omis d'invoquer lesdites exceptions* ».

L'arrêt illustre **l'importante différence de régime qui sépare le cautionnement du sous-cautionnement**. La caution, en effet, peut faire obstacle à l'action du créancier en invoquant des exceptions tirées de la dette principale (extinction, nullité ou inexécution du contrat, etc.) – art. 2313 C. civ. Au contraire, cette voie est fermée à la sous-caution. Techniquement, cette solution peut s'expliquer de la façon suivante. La sous-caution s'est engagée à payer à la caution ce que le débiteur principal devra à cette dernière. Or, la caution qui a payé dispose, pour se faire rembourser par le débiteur principal, de *deux recours* contre ce dernier : un recours *subrogatoire*, fondé sur la créance même dont disposait le créancier vis-à-vis du débiteur (art. 2306 C. civ.) et un recours *personnel* (art. 2305 C. civ.), tiré d'un mandat (si le cautionnement a été souscrit à la demande du débiteur principal) ou d'une gestion d'affaires (dans le cas contraire). Le problème tranché en l'espèce dépendait donc de la question de savoir lequel de ces deux recours est garanti par la sous-caution. S'il s'agissait du recours *subrogatoire*, la sous-caution devrait pouvoir exciper de toutes les exceptions inhérentes à la dette principale. Or, la Cour l'exclut. On en déduit que la caution agit contre la sous-caution en vertu d'un droit propre, qui n'est pas affecté des vices dont peut souffrir la dette principale. C'est donc que la sous-caution garantit le recours *personnel* de la caution. Du moins est-ce l'explication la plus vraisemblable de l'arrêt. Certains arrêts laissaient déjà entrevoir ce trait de caractère du sous-cautionnement (Com., 16 janv. 2007, n° 05-19902 ; Com., 30 mars 2005, Bull. n° 71). On en tirera cette leçon qu'il s'agit d'un acte particulièrement dangereux. Il est vrai que la Cour réserve à la sous-caution la possibilité de rechercher la responsabilité de la caution qui s'est fautivement abstenue d'opposer l'exception. Mais ce sera probablement au prix de longues discussions, car le droit français a quelque réticence à admettre qu'une simple abstention puisse être fautive (P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2007, n° 61).