



HAL
open science

La promesse : de l'acte de parole à l'obligation

Michel Boudot

► **To cite this version:**

Michel Boudot. La promesse : de l'acte de parole à l'obligation. Michel Boudot; Paolo Maria Vecchi; Didier Veillon. Promesses et actes unilatéraux : Actes des 7èmes journées d'étude Poitiers - Roma TRE, LGDJ; Presses universitaires juridiques de Poitiers, pp.69-81, 2011, 9782275028392. hal-04093056

HAL Id: hal-04093056

<https://hal.science/hal-04093056>

Submitted on 10 May 2023

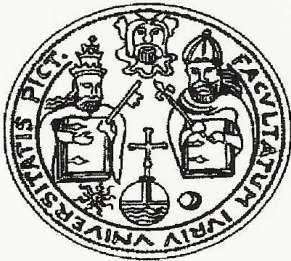
HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Université de Poitiers
COLLECTION DE LA FACULTÉ DE DROIT
ET DES SCIENCES SOCIALES



PROMESSES ET ACTES UNILATÉRAUX
Septièmes journées d'études
Poitiers-Roma TRE

Sous la direction
Michel BOUDOT, Paolo Maria VECCHI
et Didier VEILLON

Faculté de droit
et des sciences sociales
de l'Université de Poitiers

Università degli Studi,
Roma Tre
Facoltà di giurisprudenza

LA PROMESSE : DE L'ACTE DE PAROLE A L'OBLIGATION

Par

Michel BOUDOT

Maître de conférences à l'Université de Poitiers

1. « **Promesse** » : terme éminemment polysémique qui réfère autant à l'énonciation de paroles-clé dont on postule qu'elles contiennent un engagement du locuteur qu'au contenu même de cet engagement dont l'intensité obligationnelle est variable selon les circonstances de l'énonciation ; terme dont les usages métonymiques nourrissent la croyance de celui qui la reçoit plus qu'ils ne déterminent les conditions de son exécution par celui dont elle émane. Ou pour signifier les choses à la manière d'un célèbre homme politique français ne comptant plus les promesses faites : « les promesses n'engagent que ceux qui les reçoivent »¹.

I. – PAROLE, PAROLE ...

2. « **Je te promets** » – L'acte linguistique de « promettre » crée-t-il une obligation à la charge de celui qui a prononcé la parole-clé ? Quelques promesses homophones montrent combien il est délicat de se faire une idée sans nuance :

¹ L'origine de cet aphorisme politique n'est pas connue ; il a été employé plusieurs fois ces dernières années, notamment par un ancien président de la République (*Le Monde*, 22 janvier 1998).

1. Primus a dit : « Je promets d'élever cet enfant qui n'est pas le mien et de lui donner une bonne éducation » ;
2. Secundus a dit à Tertia : « Je promets de t'épouser... » ;
3. Quartus a dit à un acrobate : « Je te promets de te payer 500 euros si tu remontes la Grand rue de Poitiers en marchant sur les mains » ;
4. Quintus a dit : « Je promets 50 euros à toute personne qui me ramènera mon parapluie laissé sur un banc du Parc Blossac » ;
5. S'adressant à une œuvre caritative, Sextus a dit : « Je promets de donner 200 euros pour la bonne cause » ;
6. Septimus a dit à un ami : « Je te promets de te vendre le violoncelle que je t'ai confié à l'essai, pour 10 000 euros, s'il te convient » ;
7. Octavus a dit à ses juges : « Je vous promets de ne pas recommencer ».
8. Nonus a dit au responsable des publications de la Faculté : « Je vous promets de vous adresser sans faute le texte de ma communication sur les *promesses* dans moins d'une semaine » ;
9. Decimus a dit à la foule : « Je vous promets de tenir mes promesses si je suis élu ».

« Tiens parole, et tu feras une belle exception à l'usage » leur a dit Figaro ².

3. Actes de paroles – Les ambiguïtés de la promesse, de la pollicitation, de l'offre et des déclarations en général tiennent au fait qu'il s'agit d'actes de parole, *speech acts*, « *atti linguistici* », selon les termes courants utilisés par la philosophie du langage. Ces actes de paroles relèvent du domaine des faits, en ce sens qu'ils appartiennent à l'ordre de l'événement, et qu'en ce qui les concerne seul un jugement de type assertorique en termes de vérité ou de fausseté factuelle est pertinent pour l'analyse. Dans cet ordre d'idées, il s'agit de savoir si des paroles ont été prononcées ou non, pas de savoir s'il était bon ou opportun de les prononcer.

L'ordre juridique qualifie et donne effet ou non à ces énonciations, mais la question liminaire est de savoir si ces paroles prononcées ont déjà un effet obligatoire pour le locuteur, et donc s'il est possible de dériver l'obligation de l'acte de parole lui-même, et donc si le raisonnement juridique ne consiste que dans l'opération d'attribuer à l'obligation existante un caractère exécutoire.

On notera également que la formalisation par écrit ou au moyen de tout autre instrument est secondaire ; mais secondaire ne veut pas dire indifférent

² BEAUMARCHAIS, *Le mariage de Figaro*, Acte IV, scène 1.

La promesse : de l'acte de parole à l'obligation

car le caractère formel de l'acte linguistique détermine le cas échéant sa validité juridique (non son existence factuelle).

4. La promesse de Searle – Pour savoir si l'acte de parole « promettre » est une source d'engagement, ne serait-ce que moral, il faut procéder à un petit exercice philosophique. Cet exercice est proposé par le philosophe américain John R. Searle dans son ouvrage « Les actes de langage »³ : l'auteur propose une série d'énoncés.

1. Jones a prononcé la phrase : « je te promets à toi, Smith, de te payer 5 \$ ».
2. Jones a promis de payer 5 \$ à Smith.
3. Jones s'est mis dans l'obligation (a contracté) l'obligation de payer 5 \$ à Smith.
4. Jones est dans l'obligation de payer 5 \$ à Smith.
5. Jones doit payer 5 \$ à Smith.

Cet ensemble de propositions est une expérience cruciale en ce sens qu'elle permet de distinguer parmi les orientations philosophiques de chacun. Celui qui considère qu'il est possible de dériver la cinquième proposition depuis la première adopte, sans forcément en être conscient, un postulat réaliste, à savoir qu'il considérera que le fait décrit dans la première proposition est la source de l'obligation comprise dans la dernière. *Ex facto ius oritur*.

La première proposition décrit un fait : un acte d'énonciation linguistique.

La cinquième proposition s'interprète comme descriptive d'une obligation dont Jones est le débiteur.

5. Position réaliste – Les philosophies naturalistes et réalistes adoptent ce postulat de dérivation du '*ought from is*' : il est ainsi admis que l'obligation que contient la 5^e proposition est déjà contenue dans le fait décrit par la première et qu'en ce sens, elle préexiste à l'interprétation (ou à la qualification qui lui serait donnée par une autorité extérieure en vertu d'une règle de qualification ou de reconnaissance).

6. Position positiviste – Les philosophies anti-réalistes et positivistes considèrent qu'il est impossible de dériver le devoir-être à partir de l'être, que l'acte de parole n'est pas en lui-même obligatoire, et qu'il n'y a rien qui permette de dire que la proposition descriptive 'Jones a prononcé la phrase : « je te promets à toi, Smith, de te payer 5 \$ »' implique ou soit équivalente à la prescription 'Jones doit payer 5 \$ à Smith', et ceci parce qu'une prescription ou

³ John SEARLE, *Les actes de langage*, [1969], pour la trad. franç. Hermann, 1972, p. 228 et s.

une norme ne peut dériver que d'une autre prescription ou norme. Autrement dit, si 'Jones doit payer 5 \$ à Smith', c'est qu'il existe en amont ou par ailleurs une norme selon laquelle l'énonciation de telles paroles comportant la locution 'promettre' implique la naissance de l'obligation (encore une fois, on peut parler d'engagement moral). Pour être bref, il suffit avec les anti-réalistes de remonter la chaîne des propositions pour se rendre compte qu'ils situent les difficultés de dérivation entre les 3^e et 2^e propositions ; puis entre la 2^e et la 1^{re}. Pour franchir ces deux étapes, il est nécessaire qu'une convention ou qu'un interprète extérieurs attribuent une signification à l'énonciation, et cette signification est d'être une norme. Quand pour les premiers, « l'acte de promesse » était en soi et naturellement source d'obligation (que l'ordre juridique reconnaît comme exécutoire ou non), pour les seconds « l'acte de promesse » n'a pas de signification propre et n'est obligatoire que parce que l'ordre normatif lui reconnaît ce caractère d'être obligationnel.

7. Opposition réaliste – À cette dernière position, le réalisme linguistique oppose une alternative simple : soit l'acte de parole comportant le mot 'promettre' n'a pas de sens particulier et pourrait vouloir dire tout à fait autre chose ; soit on considère que 'promettre' est signifiant et il serait fallacieux de dire que 'promettre' ait une quantité infinie d'homophones utilisés de manière aléatoire.

'Promettre' signifie 'se mettre dans l'obligation' ; les conditions de validité de cette promesse sont secondaires, de même que ses conditions d'exécution. Mais l'obligation existe en tant que présupposée, préexistante à l'analyse de ses conditions de validité. Est-il besoin que spécifier que l'acte de 'promettre' implique la naissance d'une obligation : cela va de soi. Inversement, pour qu'un acte de 'promesse' n'engage pas, il doit être accompagné d'une précision selon laquelle le promettant n'entendait pas s'engager.

Ce qui devient clair, c'est qu'en l'absence de règle de qualification ou de reconnaissance de l'acte de parole dénommé 'promesse', la thèse réaliste présupposera l'existence de l'obligation du promettant parce que 'promettre', c'est ontologiquement 'se mettre dans l'obligation', sous réserve de déclaration contraire.

8. Opposition positiviste – Inversement, la perspective anti-réaliste oppose que l'acte de parole 'promettre' est une énonciation purement factuelle dont la signification n'est déterminée qu'à partir de ses usages et que pour interpréter cette énonciation comme contenant une norme, il est besoin de se référer au minimum à une convention linguistique prescrivant que 'promettre' signifie 'se mettre dans l'obligation', et qu'il n'y a rien d'évident de choisir parmi les usages homophones du vocable 'promettre'.

9. Observations – La controverse philosophique que je viens de schématiser brièvement se déroule en principe en anglais : et bien entendu, ‘*to promise*’ ne coïncide pas parfaitement avec le français ‘*promettre*’ ou l’italien ‘*promettere*’ mais ces trois verbes possèdent tous des usages divers où l’interprète constate ou confère (cela dépend de la perspective dans laquelle on se situe) à l’énonciation le caractère d’énoncé linguistique normatif.

Ensuite, non seulement il existe quantité de promesses homophones ou homonymes mais en outre le terme ‘promesse’ a des synonymes ‘offre’, ‘proposition’, ‘invitation’, ‘pollicitation’. Les usages du concept de « promesse » tels que je me propose de les étudier depuis le Code civil méritent une précision et une explication : précisément, c’est par la littérature civiliste du 19^e siècle que les usages linguistiques de la ‘promesse’ vont être circonscrits en France aux avant-contrats ; et en parcourant les différents traités, cours et commentaires de Code civil qui ont tous contribué à forger la matière dogmatique de la rencontre des volontés – grande absente du système du Code parce que grande absente des Traités de Pothier –, il ne faut pas oublier que de Pothier à Saleilles et Gény, la perspective philosophique qui anime les auteurs du 19^e siècle est très essentiellement jusnaturaliste. Pourtant entre le premier, pour qui droit naturel rime avec libre révocation de la promesse faite (non acceptée), et le second pour qui la promesse est par nature une déclaration de volonté qui engage, il y a cent ans d’une histoire doctrinale, qui sans être linéaire, est faite de moments-clé.

II. – DES MOTS, TOUJOURS DES MOTS

10. Les promesses de Pothier – La philosophie jusnaturaliste qui a gouverné la pensée des auteurs français de la fin du 18^e siècle, du 19^e siècle et même très largement au cours du 20^e siècle est bien évidemment une philosophie réaliste : mais la tradition juridique française ne compte pas parmi les sources de l’obligation juridique *d’acte de parole* qui ne soit partagé ou accepté. Si l’unilatéralité fait naître une obligation, elle n’est que morale ou naturelle. En revanche, la promesse acceptée est source de droit ; une telle conception de la ‘promesse énoncée et acceptée’ est évidemment au fondement des théories jusnaturalistes modernes du contrat, c’est-à-dire du principe du consensualisme qui s’impose en tant que source avec une force supérieure à la loi si l’on pense que le Roi et l’État peuvent être engagés par le contrat.

Du coup, l'obligation ne naît que de la rencontre et de la coïncidence de ce qui est énoncé :

Selon Pothier, dans les pas de Grotius : « La pollicitation est la promesse qui n'est pas encore acceptée par celui à qui elle est faite ». « La pollicitation, aux termes du pur droit naturel, ne produit aucune obligation proprement dite ; et celui qui a fait cette promesse peut s'en dédire, tant que cette promesse n'a pas été acceptée par celui à qui elle a été faite : car il ne peut y avoir d'obligation sans un droit qu'acquiert la personne envers qui elle est contractée, contre la personne obligée. Or, de même que je ne puis pas par ma seule volonté transférer à quelqu'un un droit dans mes biens, si sa volonté ne concourt pour l'acquérir, de même que je ne puis pas par ma promesse accorder à quelqu'un un droit contre ma personne, jusqu'à ce que sa volonté concoure pour l'acquérir, par l'acceptation qu'elle fera de ma promesse ; Grotius, De jure Bel. ac Pac., I.2, cap. 11, vers. 3 ».

L'acte de parole 'promettre' ne conférant pas d'action ; l'obligation est nue et l'on ne peut en solliciter l'exécution (reste qu'il peut exister d'après le droit positif des pollicitations comportant des obligations, elles existaient en droit romain ; il n'y en a plus en droit français nous dit Pothier).

Sur cette base, les interprètes du Code civil français vont fixer l'usage technique du terme 'promesse' comme type de contrat préparatoire, encore que l'on doive traiter différemment les promesses de vente, des promesses de prêt, de mandat ou de donation.

Justement à propos de la 'promesse de vendre' qu'il tient comme obligatoire pour le promettant, Pothier dit : « Il faut , pour une promesse de vendre, que, lorsque vous m'avez dit ou écrit que vous me vendiez une telle chose, il paraisse clairement, par les termes dont vous vous êtes servi, que vous avez entendu vous y obliger, et que c'est une véritable convention qui est intervenue entre vous et moi ; sans cela c'est un simple discours qui ne renferme aucune obligation »⁴.

Parole, Parole

Une observation : « Dans les termes dont vous vous êtes servi » renvoie à une méthodologie interprétative qui prescrit, au moyen de conventions de langage, ce qui est obligatoire et ce qui ne l'est pas « sans cela c'est un simple discours qui ne renferme aucune obligation ».

11. Les promesses du Code civil – Les promesses du Code civil sont celles de Pothier et ici plus qu'ailleurs, le traité des obligations et le traité de la vente

⁴ Cf. *Traité du contrat de vente*, n°477.

servent de guide interprétatif aux commentateurs. Seule la promesse contractuelle, c'est-à-dire acceptée, lie son auteur, mais les rédacteurs du Code n'ont pas donné au concept de promesse une place déterminante au sein du processus de formation des contrats. Il est fait allusion aux promesses de mariage à travers le sort des donations faites aux promis ; la promesse de porte fort a un régime particulier (Art. 1120) ; le débiteur peut se libérer de l'obligation alternative en délivrant l'une des deux choses promises (Art. 1191 et 1192) ; le copermutant ne peut être forcé à livrer la chose promise s'il montre qu'il a lui-même reçu une chose *a non domino* (Art. 1704) ; le mandataire a droit aux salaires promis (Art. 1999) ; la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix (Art. 1589) ; si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s'en départir. Celui qui les a données, en les perdant. Et celui qui les a reçues, en restituant le double (Art. 1590). En outre, le cédant d'une créance peut faire promesse d'une garantie de solvabilité (Art. 1695) et l'on peut promettre des sûretés (Art. 1912).

12. Promesse non réciproque – La doctrine du 19^e siècle s'interrogera sur la validité des promesses non synallagmatiques qui n'équivalent pas à une vente : leur nullité ne proviendrait pas d'une règle fiscale comme aujourd'hui⁵ mais de leur contrariété prétendue avec la prohibition des clauses potestatives : la doctrine et la pratique en soutiennent la validité de principe, mais en discutent les exigences probatoires⁶. Selon Zachariae, « l'article 1589 ne concerne que les promesses synallagmatiques c'est-à-dire acceptées avec engagement réciproque d'acheter. ... la loi décide implicitement que les promesses de vente unilatérales n'équivalent pas à une vente. Il ne faut pas cependant en conclure qu'une promesse de cette nature soit nulle ; il en résulte seulement qu'elle n'engendre qu'une obligation de faire »⁷. Dans la même veine, les commentateurs renvoient à Pothier pour la fixation du terme 'promesse' en tant que contrat, si bien que pour les contrats projetés, il ne faut pas entendre 'simple offre' faite par une personne à une autre, soit pour vendre, soit pour acheter, et non encore acceptées ; car ce ne serait pas là une *promesse*, mais bien *une simple pollicitation qui n'engage à rien*, et que l'on peut révoquer avant l'acceptation⁸.

⁵ Article 1589-2 du Code civil.

⁶ Article 1325 : Double original pour la seule promesse réciproque.

⁷ ZACHARIAE, *Cours de droit civil français*, II, 2^e éd., 1844, trad. Aubry et Rau, § 349, p. 484 note 7. Voir également, DURANTON, XVI, 48 ; TROPLONG, *De la vente*, I, 3^e éd., 1837, n^o 116, p.145 ; POTHIER, *Traité du contrat de vente*, n^o 479 ; TOULLIER, *Droit civil français*, IX, 5^e éd., 1830, n^o 91 ; DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, XXV, 1869, comm. Art. 1174.

⁸ DURANTON, *Cours de droit français*, XVI, 4^e éd., 1844, n.48

La dissociation d'un côté des 'promesses de contrat' unilatérales et synallagmatiques qui créent des obligations valables, et de l'autre des 'propositions ou offres' qui restent dans le domaine du fait correspond à un désir d'éclaircir le contenu conceptuel de la 'promesse' qui est très ambigu chez Pothier. L'offre ou la proposition n'ont pas un contenu sémantique référant à l'obligation, contrairement à la promesse qui doit être, naturellement, tenue.

Petit à petit, le niveau de complexité de l'analyse augmente déjà chez Toullier :

13. La promesse de Toullier – Il n'y a d'obligatoire que la promesse faite avec l'intention de s'engager⁹ mais « celui qui promet avec réflexion, quoique sans vouloir conférer le droit d'exiger l'accomplissement de sa promesse, parce qu'il veut qu'on s'en repose sur sa parole, n'en doit pas moins être fidèle à ses engagements, à moins qu'il n'ait de justes motifs de changer de volonté. En frustrant sans raison l'espérance qu'il avait donnée, il trompe la personne qui a compté et dû compter sur sa parole, et si les lois n'arment pas la justice contre lui, elles l'abandonnent au tribunal sévère de l'opinion, et le notent d'improbité par cette sentence accablante : *grave est fidem fallere* ». Mais « comme personne n'a le droit de le citer... l'obligation demeure imparfaite ». Ces obligations existent mais sont du ressort de la morale¹⁰.

Inversement les obligations parfaites sont celles dont les intéressés peuvent exiger en justice l'accomplissement. « On doit, nous dit Toullier, distinguer dans l'engagement qui naît du contrat, deux choses très différentes :

1^{re}) L'obligation de celui qui fait une promesse et qui remplit un devoir en l'exécutant ;

2^e) Le droit de celui qui accepte la promesse. Ce droit consiste dans la faculté d'en exiger l'accomplissement en justice réglée. Le devoir et le droit sont deux corrélatifs qui ne peuvent exister l'un sans l'autre. On n'est point obligé, si personne ne peut nous contraindre à remplir une obligation ; la nécessité ou la contrainte morale qui forme la substance de l'obligation n'existe pas ».

Il ajoute : « Les conventions elles-mêmes n'obligent qu'en vertu de la loi qui commande de tenir la parole qu'on a donnée », ce que Duvergier commente¹¹ : « D'abord et sur ce point les docteurs de l'ancien droit, et les interprètes du nouveau sont unanimes, la proposition est révocable de sa nature

⁹ TOULLIER, VI, n° 4 et s.

¹⁰ TOULLIER, VI, n° 9.

¹¹ DUVERGIER continuateur de TOULLIER, in *Droit civil français*, tome XVI, 1835, n° 55.

tant qu'elle n'a pas été acceptée ; aucune raison de droit, aucun motif d'équité n'oblige celui qui est l'auteur à persévérer ». Il faut en tirer une première leçon que d'après les auteurs, la promesse-offre n'est pas obligatoire, mais la promesse-acceptation est, elle, obligatoire, en tant que déclaration de volonté du bénéficiaire de la promesse-offre. Mais il faut aller plus loin. « L'engagement exprès ou tacite de persévérer dans la proposition pendant un certain temps, n'empêche pas de la retirer avant qu'elle soit connue de celui à qui elle s'adresse. (...) lorsque la proposition pure et simple, ou accompagnée d'une *promesse* de ne point se rétracter est parvenue à sa destination, le contrat, se forme dès l'instant même où l'acceptation intervient »¹².

14. La promesse de Laurent – Dans le même sens que Toullier, c'est encore en référence à la position de Pothier que Laurent entame son explication de la notion d'offre¹³. « Du principe que l'offre non acceptée n'oblige pas celui qui l'a faite, suit que le pollicitant peut la rétracter, sans autre raison sinon qu'il a changé de volonté... et la volonté de l'homme est ambulatoire¹⁴. » En droit strict, continue Laurent, l'offre peut être retirée aussi longtemps que celui à qui elle est adressée ne l'a point acceptée. « Nous disons en droit strict ; on pourrait certes réclamer au nom de l'équité naturelle, que le pollicitant laisse un délai moral à l'autre partie, afin qu'elle ait le temps de réfléchir et de se décider... mais ce serait restreindre sa liberté qui est de principe »¹⁵. Toutefois, poursuit-il, il dépend de lui de restreindre la faculté qu'il a de retirer son offre quand il lui plaît en y ajoutant qu'il donne à l'autre partie un délai. Dans ce cas, le pollicitant s'est lui-même lié : il ne peut rétracter son offre dans le délai qu'il a lui-même fixé. L'idée est articulée autour de la force de la volonté d'imposer un processus contractuel à autrui : quand l'offrant stipule une condition de délai au-delà duquel l'offre est caduque, cela revient à imposer une obligation au destinataire. La volonté seule de l'offrant détermine le processus d'acceptation en imposant des obligations au destinataire ; mais si la volonté peut imposer des modalités à l'autre partie contractante, elle est libre de s'en imposer à elle-même.

Laurent ne répond pas clairement à la question de l'offre-promesse révoquée¹⁶ : si l'offrant retire son offre simple, il ne commet aucune faute ; s'il retire son offre avec délai, il commet une faute (au sens que l'auteur donne à l'article 1147), mais dans son système, la révocation de l'offre apparaît comme l'inexécution d'une obligation, *ipso facto*, qualifiée de faute et ouvrant droit à

¹² DUVERGIER *in* TOULLIER XVI, n° 57.

¹³ LAURENT, *Principes de droit civil*, XV, Bruxelles, 2° éd., 1876, n° 469.

¹⁴ LAURENT, XV, n° 475.

¹⁵ LAURENT, XV, n° 476.

¹⁶ Les paragraphes 476 et 481 sont particulièrement ambigus.

des dommages et intérêts ¹⁷. Le contrat n'est pas formé mais le pollicitant peut être tenu de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1147. Ce qui ressemble à une responsabilité contractuelle sans contrat s'appuie sur l'idée que la volonté privée s'est imposée une règle qu'elle n'a pas suivie. Il ne s'agit pas d'une règle générale dont la violation serait une faute au sens de l'article 1382, mais d'une règle dont la portée relative conduit à en traiter la violation comme l'inexécution d'une obligation volontaire sur le modèle contractuel.

Allons encore plus loin avec Demolombe.

15. Les promesses de Demolombe – Au milieu du 19^e s., l'analyse s'est enrichie de la différence de nature entre la promesse de l'offrant et celle de l'acceptant. L'article 1108 nous dit Demolombe suppose « l'offre faite d'abord par celui que le contrat doit rendre créancier et que c'est dans cette supposition qu'il se borne à exiger ensuite l'adhésion, l'acquiescement de celui qui doit se rendre débiteur » ¹⁸.

- L'offre non encore reçue peut être librement rétractée.

- La rétractation d'une offre non assortie d'un délai peut causer un préjudice au destinataire qui aura engagé certains frais.

Mais lorsqu'un commerçant de Marseille a reçu une lettre par laquelle un commerçant de Paris faisait une offre en s'engageant à attendre l'acceptation pendant un délai de huit jours, celui-ci ne pourra retirer son offre avant l'expiration de ce délai. Demolombe justifie cette obligation née de l'offre assortie d'un délai au moyen de la rhétorique classique se référant à Pothier, et ne faisant pas appel à l'engagement unilatéral. Selon lui, « dès le moment où il a reçu cette lettre par laquelle un délai de huit jours lui était accordé, il est présumé avoir accepté cette partie de la proposition, qui est tout entière à son avantage, et qu'il n'a aucun intérêt à refuser ». Il s'ensuit que si le commerçant de Marseille accepte avant le terme du délai, la convention sera formée, quand bien même l'offrant aurait déjà retiré son offre.

Une telle offre comporte donc deux objets : une proposition primaire qui a pour objet le marché à conclure : une proposition secondaire qui accorde un délai pour réfléchir. Demolombe présume l'acceptation de la proposition secondaire, ou ce qui revient au même admet pour cette offre seconde une acceptation tacite ¹⁹. Ainsi lorsqu'une offre est assortie d'une promesse de

¹⁷ Même position chez AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t. IV, 1871, § 343, p. 292, note 12.

¹⁸ DEMOLOMBE, XXIV, n°64-65.

¹⁹ L'analyse se trouve aussi chez PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, 2^e éd., 1902, n° 983 et chez CAPITANT, COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, tome II, 7^e éd., 1932, n° 28.

lequel « l'effet obligatoire de l'offre commence avec sa réception ²³ ». Et ce malgré le rejet de principe que la déclaration unilatérale est un mode d'engagement. Toutefois, Saleilles affirme que : « D'objection théorique, il ne saurait y en avoir, puisqu'il admet dans certains cas la simple promesse sous forme d'engagement émanant d'une seule volonté ; il faut donc bien qu'il accepte la possibilité métaphysique de ce résultat. » [Si le projet de Code civil allemand] « le repousse en principe, c'est sans doute pour les dangers qu'offrirait une pareille liberté, en raison précisément des difficultés qu'il y aurait à distinguer, sous cette apparence de pollicitation, l'engagement ferme et sincère de l'offre ou même de la promesse en l'air » ²⁴.

Pour trancher la question désormais centenaire de savoir si l'offre assortie d'un délai est obligatoire pour le pollicitant, les tenants de la thèse affirmative renoncent au postulat de Pothier. Capitant nous dit par exemple accepter les conséquences du système proposé par Demolombe mais l'explique désormais autrement sans recourir à la « présomption » d'acceptation de la stipulation de la part du destinataire : « Il est plus simple et plus juste de dire que le pollicitant est engagé par le seul effet de sa volonté, à dater du moment où l'offre parvient à la connaissance du destinataire » ²⁵. Désormais l'hypocrisie est levée : il compte « l'offre de contracter avec délai exprès ou tacite pour l'acceptation parmi les engagements unilatéraux de volonté » ²⁶ car « la volonté individuelle est souveraine sur celui qui l'émet ; donc l'engagement pris par une personne sous la forme d'une simple déclaration de volonté de sa part doit posséder l'efficacité juridique de l'obligation » ²⁷.

Cette thèse de Saleilles, relayée par Capitant et Barde, sera critiquée par Planiol. Pour lui, d'une part la déclaration de volonté n'est pas en soi – naturellement – source d'obligations, le Code civil allemand ne fait produire d'effet qu'à certaines déclarations. La promesse n'est source d'obligation que lorsque la loi le prévoit, non selon le droit naturel. Par suite, l'offre assortie d'un délai ne peut avoir les effets d'une 'promesse', et il serait même absurde de lui accorder plus d'effets que le contrat de promesse en cas de décès du promettant.

²³ SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation : d'après le projet de Code civil allemand*, 1890, n° 138, p. 138.

²⁴ SALEILLES, n.142, p. 144.

²⁵ COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, tome II, 7^e éd., 1932, n° 28, p. 29.

²⁶ COLIN et CAPITANT, II, n°172, p. 158.

²⁷ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, 2^e éd., 1902, n° 832 résumant la pensée de R. WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation en droit romain et en droit français*, Thèse, 1891, p. 197-198 ; dans le même sens, BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, tome XII, *Des obligations*, tome I, 3^e éd., 1906, n° 33.

Observation finale : le terme 'promesse' n'est plus utilisé couramment dans la littérature juridique relative à la formation du contrat car il réfère désormais clairement à l'avant-contrat de promesse, ou bien il a trop d'homonymes non obligatoires, l'offre est connotée elle-aussi 'non obligatoire' ou du moins est-elle ambiguë. Pour sortir de la dogmatique héritée de Pothier, l'intervention de la 'déclaration de volonté' [sous entendue souveraine] a permis aux partisans de Saleilles de se situer sur un autre terrain, mais là où les auteurs allemands ont réussi à donner un contenu obligatoire à la 'promesse', les auteurs français semblent avoir échoué. Au 20^e siècle, le concept de 'promesse' ne sera plus utilisé pour expliquer le processus de formation du contrat en général.