

## LA VOCATION CONTRACTUELLE DE LA RESPONSABILITE DU FAIT DE L'ENGAGEMENT UNILATERAL DE VOLONTE

Par

**Windpagnangdé Dominique KABRE,**

**Maitre de conférences, Agrégé des facultés de droit, Université Thomas Sankara**

### **Introduction**

1. La responsabilité civile est le mécanisme juridique qui permet de réparer le dommage causé à autrui. Dans l'opinion juridique dominante, elle est soit contractuelle, soit extracontractuelle. La responsabilité contractuelle résulte de l'inexécution du contrat, fruit d'un accord de volontés, génératrice de dommage pour le créancier. La responsabilité extracontractuelle découle d'un fait juridique qui cause à une autre personne un dommage. Est-il possible d'admettre une responsabilité fondée sur le manquement à un engagement unilatéral de volonté ? La question ainsi posée suppose admis l'engagement unilatéral de volonté comme une source d'obligation, ce qui n'est évident de prime abord. La théorie de l'engagement unilatéral de volonté postule qu'une personne peut, par sa seule volonté, créer une ou plusieurs obligations à sa charge, sans le concours d'une autre volonté. Connue également sous l'appellation de déclaration unilatérale de volonté ou de promesse unilatérale, il fait partie des actes unilatéraux, mais sa particularité tient au fait qu'il est créateur d'obligations, à la différence des autres actes unilatéraux qui modifient, transmettent ou éteignent (...) les obligations. Si l'admission de ces derniers ne fait guère de doute, la reconnaissance de l'engagement unilatéral de volonté comme source d'obligations a suscité et suscite d'intenses controverses. Conçue par une partie de la doctrine allemande du 19<sup>e</sup> siècle, la théorie de l'engagement unilatéral de volonté s'est vu opposer des arguments abondamment présentés ailleurs<sup>1</sup> et qui n'ont pas manqué de nourrir pendant longtemps des réticences du législateur ou du juge à son égard.

2. Cette controverse peut étonner. CARBONNIER n'avait-il pas affirmé qu'« il est plus naturel à l'homme de vouloir tout seul que de vouloir à deux, et le droit ne pouvait pas ne pas attacher de conséquences à un acte aussi familier de la vie que celui qui consiste à prendre une décision »<sup>2</sup> ? Par ailleurs, dans des disciplines connexes au droit, il est intéressant de noter que l'engagement unilatéral a, d'une certaine manière, un caractère obligatoire pour son auteur. Ainsi, en philosophie, il signifie un acte par lequel l'individu assume le risque et la

---

<sup>1</sup> Pour un aperçu de ce débat, voy. M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Marseille, Aix-Marseille, 1995, p. 27 et s. ; C. CRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, recherches sur les sources de l'obligation*, Paris, Defrenois, 2007, p. 341 et s. ; C. CAUFFMAN, « La promesse unilatérale : source d'obligations en droit privé européen », in C. CAUFFMAN, J. DE CONINCK et N. VAN LEUVEN (dir.), *Droit des contrats : questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 45 et s.

<sup>2</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. II, Paris, PUF, 2004, n°933, p. 1949

responsabilité liés à l'engagement librement pris<sup>3</sup> ou se donne l'obligation d'agir conformément à son contenu<sup>4</sup>. En sociologie, le concept d'engagement rend compte du fait que « les individus s'engagent dans des trajectoires d'activité cohérentes »<sup>5</sup>, cohérence qui implique de suivre une ligne de conduite choisie dans une période déterminée<sup>6</sup>. Pour les psychologues, l'engagement s'entend du lien qui relie l'individu à ses actes comportementaux ou à ses décisions qui l'engagent<sup>7</sup>. Au demeurant, la conception de l'engagement dans ces trois disciplines se rapproche du sens étymologique de ce dernier, lequel veut dire « donner des gages »<sup>8</sup>, ce qui n'est pas sans faire écho à la notion d'obligation<sup>9</sup>.

**3.** Dans le domaine juridique, les choses ont aujourd'hui évolué en faveur de la reconnaissance de l'engagement unilatéral de volonté. Une partie importante de la doctrine plaide pour son admission comme source d'obligations<sup>10</sup>. Bien mieux, législateurs et juges se montrent de plus en plus disposés à l'accueillir soit en le reconnaissant comme une source explicite d'obligation, soit implicitement en consacrant des mécanismes juridiques dont l'existence ne peut s'expliquer qu'en recourant à lui. Si, en premier lieu, l'on scrute le droit OHADA, on s'aperçoit que des mécanismes juridiques, dont le fondement se trouve dans la théorie de l'engagement unilatéral de volonté, existent. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique offre, à cet égard, plusieurs figures juridiques. Ainsi, dans les sociétés unipersonnelles, consacrées par ledit Acte uniforme, l'engagement de l'associé

---

<sup>3</sup> Cette conception se rattache à la philosophie existentialiste, voy. « Existentialisme » au xxe siècle, <https://www.espacefrancais.com/lexistentialisme/#:~:text=Tous%20les%20existentialistes%20accordaient%20une%20importance%20capitale%20C3%A0,est%20essentielle%20dans%20la%20qu%20C3%A0te%20de%20la%20v%20C3%A9rit%20C3%A9>, lu le 22/07/2022/

<sup>4</sup> Cette conception se rattache à la philosophie du langage, voy. C. BERSET, « La promesse: une question de responsabilité », <https://www.philosophie.ch/fr/articles-fr/articles-independants/promesse-responsabilite>, lu le 22/06/2022.

<sup>5</sup> HOWARD BECKER, « Sur le concept d'engagement », <https://journals.openedition.org/sociologies/642>, lu le 19/02/2022, n°4.

<sup>6</sup> *Idem*, n°7.

<sup>7</sup> Cette définition concerne l'engagement externe (cette hypothèse est celle qui intéresse le juriste dans la mesure où le droit suppose le rapport à autrui), voy. C.A. KIESLER, *The Psychology of Commitment*, Academic Press, New York, 1971 cité R.-V. JOULE ET J.-L. BEAUVOIS, *La soumission librement consentie : Comment amener les gens à faire librement ce qu'ils doivent faire ?*, Presses Universitaires de France, 1998, p. 55 et p. 60 ; [https://fr.wikipedia.org/wiki/Engagement\\_%28psychologie\\_sociale%29#cite\\_note-JouleBeauvois199855-1](https://fr.wikipedia.org/wiki/Engagement_%28psychologie_sociale%29#cite_note-JouleBeauvois199855-1).

<sup>8</sup> Dictionnaire Larousse, voy. Engagement, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/engagement/29510>, lu le 22/06/2022.

<sup>9</sup> Dans ce sens, il a soutenu que l'obligation est une garantie, voy. F. ROUVRIERE, « L'obligation comme garantie », *RTD Civ.*, 2011, p. 1 et s.

<sup>10</sup> A titre d'illustration, voy. Ph. JESTAZ, « L'engagement par volonté unilatérale », in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Dalloz, 1994, p. 3 et s. ; L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Dalloz, 1994, p. 17 et s. ; L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Marseille, PUAM, 1995, p. 27 et s. ; C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, recherches sur les sources de l'obligation*, Paris, Defrenois, 2007, p. 341 et s. ; C. CAUFFMAN, « La promesse unilatérale : source d'obligations en droit privé européen », in C. CAUFFMAN, J. DE CONINCK et N. VAN LEUVEN (dir.), *Droit des contrats : questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 45 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge, T. II Les obligations, Vol 2. Sources des obligations, 2<sup>e</sup> Partie*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1055 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, 16 éd., SIREY, 2015, n°501, pp. 512-513 ;

P. WERY, *Droit des obligations, Vol. 2. Les sources des obligations extracontractuelles, Le régime général des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 56 et s.

unique de faire des apports à la société ne peut s'analyser que par le mécanisme de l'engagement unilatéral de volonté<sup>11</sup>. De même, la souscription d'actions de la constitution d'une société anonyme et de la société par actions simplifiées lors de la constitution de la société repose sur le procédé de l'engagement unilatéral de volonté<sup>12</sup>. Aux termes de l'article 390 de l'Acte uniforme suscité, « la souscription des actions représentant des apports en numéraire est constatée par un bulletin de souscription établi par les fondateurs ou par l'un d'entre eux et daté et signé par le souscripteur ou par son mandataire, qui écrit en toutes lettres le nombre de titres souscrits ». L'article 853-3 du même Acte uniforme rend cette disposition applicable aux sociétés par actions simplifiées. Peut-on qualifier la situation de contractuelle ? Il serait inconcevable qu'il s'agisse d'un contrat conclu entre le souscripteur et la société, puisque celle-ci n'existe pas encore au moment où l'engagement est pris<sup>13</sup>. Reste à envisager un contrat de souscription qui serait convenu entre le souscripteur et les fondateurs. Toutefois, ceux-ci, n'étant pas des représentants de la société, ne peuvent céder des droits dont ils ne sont pas titulaires. Si le souscripteur est tenu de faire des apports constatés dans le bulletin, ce n'est donc que sur le fondement de l'engagement unilatéral de volonté. L'examen du droit français est instructif à cet égard. Alors que la loi du 24 juillet 1867 définissait la souscription comme un contrat, celle du 24 juillet 1966<sup>14</sup> a abandonné cette formule. Pour la doctrine<sup>15</sup> et la jurisprudence<sup>16</sup>, la nouvelle formulation consacre la théorie de l'engagement unilatéral de volonté.

Ensuite, l'Acte uniforme portant organisation des sûretés du 15 décembre 2010 illustre la technique de l'engagement unilatéral à travers la garantie autonome. Qualifiée comme une convention dans le précédent Acte uniforme portant organisation des sûretés du 17 avril 1997, cette dernière est considérée dans l'Acte du même nom révisé le 15 décembre 2010 comme « ...l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instructions de ce donneur d'ordre, à payer une somme déterminée au bénéficiaire, soit sur première demande de la part de ce dernier, soit selon des modalités convenues ». Selon A. K. Etienne, l'usage du terme « engagement », en lieu et place de celui de « convention », est le signe que désormais la garantie autonome doit être analysée comme reposant sur un engagement unilatéral de volonté<sup>17</sup>. Cette interprétation n'est pas partagée. Certains auteurs appellent à la prudence et font remarquer que l'engagement unilatéral peut résulter d'un contrat unilatéral<sup>18</sup>. D'autres estiment que cette formulation renforce le caractère

---

<sup>11</sup> F. ANOUKAHA et autres, *Sociétés commerciales et GIE*, Collection droit uniforme africain, Bruxelles, Bruylant, n°132, p. 83 ; TH/M. FATIMATA, « La société unipersonnelle dans le droit des sociétés commerciales de l'O.H.A.D.A. : une œuvre à parfaire », *Ohadata* D-07-18, p. 6. <https://www.ohada.com/documentation/doctrine/ohadata/D-07-18.html?download=pdf>.

<sup>12</sup> A. K. ETIENNE, « L'engagement unilatéral de volonté en droit comparé », *Revue ivoirienne de droit (RID)*, n°51-2017, p. 172.

<sup>13</sup> Dans ce sens, à propos du droit français, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, 16 éd., Paris, SIREY, 2015, n°501, p. 513

<sup>14</sup> Repris dans les articles L. 225-2 et s. du Code du commerce.

<sup>15</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique, op. cit.*, n°501, pp. 512-513 ;

<sup>16</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 novembre 2012, n° 11-20674, inédit, RDC, 2013, p. 505, obs. GENICON.

<sup>17</sup> A. K. ETIENNE, *op. cit.*, p. 173.

<sup>18</sup> P. CROQ (dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés. La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Collection Axe du droit, Lamy, 2012, n°144, p. 112.

contractuel du mécanisme en ce sens que le législateur OHADA a abandonné la dénomination de « lettre de garantie », utilisée précédemment, au profit de celle de « garantie autonome »<sup>19</sup>. On peut se demander pourquoi le législateur OHADA, s'il voulait conserver la théorie contractuelle, a supprimé la référence à la convention. A notre sens, l'engagement du garant dans la garantie autonome constitue un engagement unilatéral de volonté.

Outre les actes uniformes de l'OHADA, le Règlement du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africain (UEMOA) offre une autre illustration de l'engagement unilatéral de volonté. Ainsi, la doctrine convient que la théorie de l'engagement unilatéral de volonté constitue la meilleure explication des effets de la lettre de change régie par ledit Règlement<sup>20</sup>.

**4.** Certains droits nationaux des Etats parties à l'OHADA consacrent, en deuxième lieu, l'engagement unilatéral comme source d'obligations. Le droit malien est sur ce point explicite. L'engagement unilatéral est considéré comme une source générale d'obligations par la loi n° 87-31/AN-RM du 29 août 1987 portant régime général des obligations. Rangeant l'engagement unilatéral dans les actes juridiques<sup>21</sup>, l'article 110 de ladite loi dispose que : « Il y a engagement unilatéral de volonté lorsqu'une personne se trouve engagée vis-à-vis d'un tiers par la seule manifestation de sa volonté, indépendamment de l'acceptation de ce dernier ». Son article 111 ajoute que « la manifestation de volonté qui fait naître l'obligation doit être expresse, exprimée sans ambiguïté et satisfaire aux conditions de fond et de forme exigées pour la validité des contrats. » Au Sénégal, c'est la jurisprudence qui a admis l'engagement unilatéral dans le domaine des relations du travail. Dans un arrêt du 18 mai 2017, la Cour d'appel de Dakar a jugé que la décision de l'employeur de faire voyager l'employé, prise par voie de communiqué, s'analyse en un engagement unilatéral de volonté générateur d'obligation. Si la Cour suprême a, dans sa décision du 16 mai 2018<sup>22</sup>, cassé cet arrêt, c'est parce que celui-ci manquait de base légale, la Cour d'appel n'ayant pas suffisamment précisé les diligences qui devaient être accomplies par l'employeur au titre de cet engagement. Autrement dit, si la Cour d'appel avait apporté cette précision, la Cour suprême aurait probablement reconnu l'engagement unilatéral de volonté de l'employeur. Dans une autre décision du 26 décembre 2002, elle a censuré pour manque de base légale également une décision de la Cour d'appel de Dakar du 27 juin 2000 qui avait jugé qu'une note de service, par laquelle l'âge de la retraite avait été prorogée de cinquante-cinq à soixante ans, valait un engagement unilatéral de volonté. L'on peut constater que, comme dans la décision citée plus haut, la Cour suprême ne nie pas l'existence de l'engagement unilatéral, mais reproche à la Cour d'appel sa motivation insuffisante. Au Bénin, la Cour suprême semble avoir admis l'engagement unilatéral dans une décision rendue le 15 décembre 2017<sup>23</sup>. Dans cette affaire, un employé fondait la demande d'augmentation de son salaire sur

<sup>19</sup> J. ISSA-SAYEGH, *Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés, commentaire sous article 39*, Juriscope, 2016, p. 900 ;

<sup>20</sup> F. M. SAWADOGO et A. TRAORE, *Instruments de paiement et de crédit dans l'espace UEMOA*, Collection Précis de droit burkinabè, Université de Ouagadougou, 2008, p. 197.

<sup>21</sup> Article 19, Titre II de ladite loi.

<sup>22</sup> Arrêt 41, La Société DAKARNAVE c/A B, <https://juricaf.org/arrêt/SENEGAL-COURSUPREME-20180516-41>, consulté le 22 juin 2021.

<sup>23</sup> Arrêt n° 036/CJ-S du répertoire, n° 2011-04/CJ-S du greffe, Aa B (Me Roland S. ADJAKOU) C/ SOCIETE DES HUILLERIES DU BENIN (-Me Bernard PARAÏSO-Me Ab X), <https://juricaf.org/arrêt/BENIN-COURSUPREME-20171215-036>, consulté le 22 juin 2021.

des déclarations unilatérales du directeur général de la société. La Cour d'appel avait rejeté sa prétention en estimant que : « (...) la promesse est un acte unilatéral de volonté qui n'engage que son auteur ; qu'il résulte des pièces du dossier que le salaire net de six cent mille (600 000) francs CFA et le poste de directeur évoqués par Aa B résultent d'engagements unilatéraux pris par l'ancien directeur général de la SHB, Ac C et ne ressortent pas d'un accord de volonté entre la SHB et Aa B ». Toutefois, la Cour suprême a cassé cet arrêt au motif « qu'en statuant ainsi, alors que le directeur général représente et engage la société, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». Ainsi, le directeur général peut engager la société, même par une déclaration unilatérale.

5. En dernière lieu, un rapide regard en droit comparé permet se rendre compte de l'admission certaine et progressive de l'engagement unilatéral comme une source d'obligations. A cet égard, le Code civil Allemand fait figure d'avant-gardiste dans la consécration expresse de cas d'engagements unilatéraux<sup>24</sup>. En France, la jurisprudence a retenu des solutions qui ont été analysées comme des illustrations de l'engagement unilatéral de volonté. Il en va ainsi de l'engagement de subvenir comme un père aux besoins d'un enfant reconnu<sup>25</sup>, de la décision de l'employeur de permettre à des préretraités de bénéficier de la prise en charge partielle de certaines cotisations<sup>26</sup>, de l'engagement de l'employeur de limiter, pendant une durée déterminée, le nombre de licenciements<sup>27</sup> ou de respecter une procédure d'autorisation préalable<sup>28</sup>, de la promesse d'exécuter une obligation naturelle<sup>29</sup>, etc. En outre, les auteurs du rapport au président de la République de la réforme du droit des contrats ont estimé, sur pied de l'article 1100-1 qui dispose que « les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux », que l'acte juridique inclut l'engagement unilatéral de volonté. Soutenue par une partie de la doctrine<sup>30</sup>, cette interprétation est rejetée par d'autres auteurs qui n'admettent l'engagement unilatéral que dans les cas prévus par la loi ou la jurisprudence<sup>31</sup>. En droit belge, la jurisprudence a qualifié d'engagements unilatéraux de volonté unilatérale la promesse de

---

<sup>24</sup> Voy. M. COIPEL, n°2, p. 22, notamment à travers ses article § 311 du B.G.B., al.1 (autrefois article 305 du B.G.B) pose le principe selon lequel la création et la modification d'une obligation par acte juridique suppose l'existence d'un contrat, il a conféré, dans certains de ses articles, un effet juridique à la promesse de récompense (Auslobung § 657 et suiv. BGB), laquelle est considérée comme un engagement unilatéral de volonté. Le texte de l'actuel par. 311, al. 1, BGB prévoit : "Pour fonder une obligation en vertu d'un acte juridique ainsi que pour modifier le contenu d'une obligation, un contrat conclu entre les parties est nécessaire, pour autant que la loi n'en dispose pas autrement" (trad. R. Legeais, M. Pédamon (coord.), Code civil allemand, traduction commentée du texte en vigueur au 31 octobre 2009, Dalloz, 2010)

<sup>25</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 mai 1987, R.D.T.C., 1987, 102, Obs. J. MESTRE.

<sup>26</sup> Cass. Soc., 4 avril 1990, Bull. civ., V, n°161.

<sup>27</sup> Cass. Soc., 25 novembre 2003, Bull. civ., V, n°294, RTDciv., 2004, p. 733, obs. MESTRE et FAGE.

<sup>28</sup> Cass. Ass. plén., 5 mars 2010, Bull. ass. Plén., n°1; JCP 2010, 42.1040, obs. LOISEAU.

<sup>29</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 octobre 1995, Bull. Civ., I, n°352 ; D. 1996, Somm., 120, obs. Libchaber, D. 1997, 155, note Pignarre; Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 2005, 1393, note LOISEAU, JCP 2005, II, 10159, note MEKKI ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 2004, Bull. civ., I, n°180 ; RTDciv., 2005, p. 397, obs. Mestre et Fages.

<sup>30</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021, n°1118, pp. 878-879.

<sup>31</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK « Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens », *RDC* 2018, n° 115h1, p. 52, n°5.

l'employeur de payer une prime de fin d'année<sup>32</sup>, l'offre<sup>33</sup>, la garantie à première demande<sup>34</sup> et l'engagement pris par le titulaire de la carte de crédit de rembourser les relevés des comptes périodiques<sup>35</sup>. La loi du 28 avril 2022, portant sur le livre 5 sur « Les obligations » du Code civil, a consacré l'engagement unilatéral comme source générale d'obligations. Son article 5.125, alinéa 2, dispose, en effet, que « l'auteur de cet acte peut notamment s'engager par sa seule volonté en faveur d'autrui. »<sup>36</sup> Enfin, notons que les Principes du droit européen des contrats (PDEC), dont l'article 2 : 107, intitulé « Promesses obligatoires sans acceptation », prévoit que « la promesse qui veut être juridiquement obligatoire sans acceptation lie son auteur ».

6. De ce qui précède, il apparaît que l'engagement unilatéral de volonté tend à être admis comme source d'obligations par le droit positif. Une telle admission commande de s'intéresser à son régime juridique afin d'offrir des solutions adaptées à sa nature juridique. En ce sens, une partie de la doctrine s'est attelée à proposer des règles sur la formation et les effets de l'engagement unilatéral<sup>37</sup>. Dans ces remarquables études, la question de l'inexécution de l'engagement unilatéral et ses conséquences et, spécifiquement, celle de la responsabilité civile pour inexécution, ont rarement reçu une attention soutenue de la doctrine<sup>38</sup>. Il est vrai que le débat sur l'existence de l'engagement unilatéral de volonté a occupé de nombreuses années les esprits, au détriment de la construction de son régime juridique. Encore aujourd'hui, l'hésitation est permise quant à l'intérêt de l'entreprise dans la mesure où l'engagement unilatéral de volonté n'est pas encore considéré, on l'a constaté<sup>39</sup>, de manière générale comme source d'obligations dans nombre de systèmes juridiques.

7. Toutefois, l'intérêt du sujet ne fait guère de doute. Du moment où l'engagement unilatéral est reconnu comme source d'obligations, il est logique de se préoccuper des conséquences qui doivent être tirées en cas d'inexécution. La question de savoir si, et à quelles conditions, le débiteur de l'engagement unilatéral peut engager sa responsabilité en cas de manquement à celui-ci mérite dès lors une attention particulière. En outre et surtout, l'entreprise est nécessaire, ne serait-ce que pour des raisons pratiques. Lorsqu'un engagement unilatéral de volonté reconnu est rompu, il importe de savoir si le créancier peut engager la responsabilité du débiteur dudit engagement et à quelles conditions. Dans un tel cas, le juge est tenu d'apporter une réponse sans chercher à savoir si son système juridique consacre de manière générale l'engagement unilatéral de volonté comme une source d'obligations. L'existence de cas d'application de l'engagement unilatéral justifie donc, à suffisance, une telle entreprise.

---

<sup>32</sup> Cass., 18 décembre 1974, Pas., 1975, I, p. 425 ; R.C.J.B., 1980, p. 65, note COIPEL.

<sup>33</sup> Cass. Be, 9 mai 1980, Pas. 1980, 1127 ; J.T., 1981, p. 206 ; Entr. et dr., 1981, p. 146, note M. SENELLE

<sup>34</sup> Bruxelles, 15 octobre 1987, Rev. Banque, 1988, p. 29, note D. DEVOS.

<sup>35</sup> Civ. Liège, 23 avril 1985, Jur. Liège, 1985, p. 359 ; R. D. C., 1986, p. 540.

<sup>36</sup> [https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article\\_body.pl?language=fr&pub\\_date=2022-07-01&caller=list&numac=2022032058](https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body.pl?language=fr&pub_date=2022-07-01&caller=list&numac=2022032058), consulté le 05 septembre 2022.

<sup>37</sup> L. IZORCHE, *op. cit.*, p. 217 et s. ; C. CRIMALDI, *op. cit.*, p. 425 et s. ; C. CAUFFMAN, *op. cit.*, p. 45 et s. ; P. WERY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 62 et s.

<sup>38</sup> Cependant, voy. C. CRIMALDI, *op. cit.*, p. 476-483 ; C. CAUFFMAN, *op. cit.*, p. 65 et s. ; P. WERY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, pp. 66-67 qui effleurent cependant la question.

<sup>39</sup> Voy. supra nos 3 et s.

8. Mais davantage que les préoccupations pratiques, il est utile de savoir si la responsabilité civile pour rupture de l'engagement unilatéral de volonté, au cas où son existence serait établie, se distingue des deux grands types de responsabilité civile ou doit être calquée sur l'un d'eux. Le problème traité à ce titre n'est pas sans difficultés théoriques. Si l'engagement unilatéral de volonté se rapproche du contrat en ce qu'il est un acte juridique, il s'en distingue par le fait qu'il résulte de la volonté d'une seule personne. Le fait qu'il implique l'engagement d'une seule personne n'est pas sans créer des points de rapprochement avec la responsabilité extracontractuelle dont le domaine s'étend à tout ce qui ne relève pas de la responsabilité contractuelle.

9. En considérant le droit OHADA et les droits de certains Etats membres de l'OHADA ainsi que les droits français et belge, qui présentent des affinités certaines avec ces derniers<sup>40</sup>, l'on peut soutenir que la responsabilité pour rupture de l'engagement unilatéral est soumise, dans son principe, au régime de la responsabilité contractuelle (I). Il s'ensuit que l'application des conditions de celle-ci, en dépit de quelques objections, se révèle appropriée (II).

## **I. La soumission de principe de la responsabilité pour engagement unilatéral au régime de la responsabilité contractuelle**

10. En cas d'inexécution de l'engagement unilatéral, la question se pose de savoir si cette dernière peut être sanctionnée par la responsabilité civile. L'examen des textes ou de la jurisprudence reconnaissant l'existence de cette source d'obligation ne permet pas de douter de l'admission du principe de responsabilité pour engagement unilatéral de volonté (A). Toutefois, le législateur ou le juge évite souvent de préciser la nature de celle-ci. L'hésitation est permise entre la responsabilité contractuelle, la responsabilité extracontractuelle ou une responsabilité *sui generis*. Il s'avère, à la réflexion, que la responsabilité pour engagement unilatéral appartient à la catégorie de la responsabilité contractuelle (B).

### **A. L'admission certaine du principe de la responsabilité du fait de l'engagement unilatéral**

11. En partant de l'idée que l'engagement unilatéral est une source d'obligation, la responsabilité du fait de sa rupture devrait être logiquement admise. La solution est parfois affirmée par le droit positif (1). L'application de ce principe de responsabilité pour engagement unilatéral de volonté en matière de révocation de l'offre apparaît, à cet égard, beaucoup plus cohérente que les autres sanctions proposées en la matière (2).

#### **1) L'affirmation du principe**

---

<sup>40</sup> La plupart des Etats membres ont été des colonies françaises où ont été appliquées ou demeurent applicables le code civil napoléonien et la jurisprudence. C'est dire qu'il constitue, en matière de droit des obligations, la base de référence pour la plupart des Etats membres de l'OHADA. Ce code civil est, substantiellement applicable, en Belgique jusqu'à la réforme introduite par loi du 28 avril 2022 portant livre 1<sup>er</sup> sur les « Dispositions générales » du Code civil.

**12.** Toute obligation inexécutée est susceptible d'engager la responsabilité du débiteur en cas de dommage causé à autrui. Il devrait en être de même de l'obligation découlant de l'engagement unilatéral. Une partie de la doctrine s'accorde à ce sujet<sup>41</sup>. Dans la loi et la jurisprudence, si l'on observe une certaine timidité dans l'affirmation d'un tel principe, son admission est certaine.

**13.** Dans les droits positifs, notamment des Etats membres de l'OHADA, une consécration d'un principe général de responsabilité en cas d'inexécution d'un engagement unilatéral de volonté à l'image du régime de la responsabilité extracontractuelle (articles 1382 à 1386 du Code civil applicable dans la plupart des pays membres de l'OHADA) ou de la responsabilité contractuelle (1147 à 1152 articles). Cela n'a rien d'étonnant car ces Etats, à l'exception du Mali, n'ont pas consacré l'engagement unilatéral comme source générale d'obligations. Le constat est le même en droit français, source d'inspiration de nombre d'Etats membres de l'OHADA, en droit belge et même en droit allemand, berceau de la théorie de l'engagement unilatéral de volonté. Toutefois, dans les cas particuliers où l'engagement unilatéral est admis, le législateur ou la jurisprudence a retenu la responsabilité du débiteur.

**14.** Sans utiliser le mot responsabilité dans le texte, le législateur a parfois prévu que la défaillance du débiteur de l'engagement est sanctionnée par l'octroi de dommages et intérêts. Le législateur OHADA a ainsi consacré une telle solution dans le régime du bulletin de souscription des actions. Il convient de se souvenir qu'en souscrivant à ce bulletin, l'actionnaire prend un engagement unilatéral de libérer les actions dans un délai de trois ans à compter de la date de souscription<sup>42</sup>. Selon l'article 777, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique de l'OHADA, faute d'avoir libéré les actions souscrites, « l'actionnaire défaillant, les cessionnaires successifs et les souscripteurs sont tenus solidairement du montant non libéré de l'action ». L'alinéa 2 de la même disposition autorise la société à agir, notamment contre l'actionnaire défaillant, « soit avant ou après la vente, soit en même temps pour obtenir tant la somme due que le remboursement des frais exposés ». Si le paiement de la somme due peut s'interpréter comme une exécution en nature, le remboursement des frais exposés s'analyse comme des dommages et intérêts, conséquence de la responsabilité civile.

**15.** Une autre hypothèse où le débiteur de l'engagement unilatéral est tenu de payer des dommages et intérêts pour manquement est consacrée par le régime de la lettre de change que l'on a pu considérer comme un cas d'engagement unilatéral de volonté<sup>43</sup>. L'article 191 du Règlement du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'UEMOA<sup>44</sup> dispose que « tous ceux qui ont tiré, accepté, endossé, avalisé une lettre de change sont solidairement tenus envers le porteur » et que « le porteur a le droit d'agir contre toutes ces personnes, individuellement ou collectivement, sans être astreint à observer l'ordre dans lequel elles se sont obligées ». L'article 192 dudit Règlement précise les conséquences de

---

<sup>41</sup> A. POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Thémis, 1995, p. 30 et 31 ; C. CRIMALDI, *op. cit.*, p. 476-483 ; C. CAUFFMAN, *op.cit.*, p. 65 et s. ; P. WERY, *Droit des obligations, op. cit.*, pp. 66-67.

<sup>42</sup> Voy. supra n° 3, p.3.

<sup>43</sup> Voy supra n°3, p. 4.

<sup>44</sup> Il s'agit précisément du Règlement n°15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africain (UEMOA).

cette action en prévoyant que « le porteur peut réclamer à celui contre lequel il exerce son recours : le montant de la lettre de change non acceptée ou non payée, avec les intérêts s'il en a été stipulé ; les intérêts au taux légal à partir de l'échéance ; les frais du protêt, ceux des avis donnés ainsi que les autres frais ». Quoiqu' implicite dans ce Règlement, le principe de responsabilité n'en est pas moins certain. Les signataires de la lettre de change peuvent, outre le paiement du montant de la lettre de change qui peut être qualifiée d'exécution en nature, être condamnés à payer les intérêts et les frais de protêt, ce qui ressortit sans doute au régime de la responsabilité civile.

**16.** La jurisprudence a également admis la responsabilité du débiteur de l'engagement unilatéral de volonté dans un certain nombre d'espèces. Si ces exemples sont tirés des systèmes juridiques étrangers, ils n'en restent pas moins éclairants pour les systèmes juridiques d'un certain nombre de pays membres de l'OHADA du fait de la parenté des sources des règles applicables à ces espèces. Ainsi, en matière sociale, la jurisprudence française a condamné le débiteur au paiement de dommages et intérêts dans des cas où elle a qualifié les actes d'engagements unilatéraux de volonté. Ainsi, un employeur avait confirmé dans un courrier adressé à l'employé sa décision de l'employer. Dans ce courrier, il avait précisé les conditions d'embauche et sollicitait de l'employé qu'il dise si ces dernières l'agréaient. La Cour de cassation<sup>45</sup> a estimé que la société était liée par son obligation exprimée dans sa lettre d'embauche et a commis une légèreté en révoquant son engagement d'emploi. Elle a, en conséquence, jugé que la responsabilité pour faute de l'employeur est engagée pour le préjudice causé à l'employé, lequel est constitué par la démission de son précédent poste et les frais exposés pour le déplacement. Dans un autre arrêt concernant la reconnaissance d'un enfant naturel, la Cour de cassation française<sup>46</sup> a estimé que celui qui reconnaît et légitime un enfant alors qu'il sait n'est pas être le sien contracte, vis-à-vis de l'enfant et de la mère, l'obligation de se comporter comme un père, en subvenant aux besoins de celui qu'il a reconnu. En conséquence, l'inexécution de cet engagement, résultant de l'annulation de la reconnaissance et de la légitimation, génératrice de préjudice matériel et moral, tant à l'égard de la mère et de l'enfant, peut être sanctionnée par l'octroi des dommages et intérêts. Il convient de se demander si la révocation de l'offre peut donner lieu à une telle responsabilité.

## **2) L'application du principe en matière d'offre**

**17.** La question de savoir quelle est la sanction en cas de révocation de l'offre a suscité, on le sait, des débats sur la nature juridique de celle-ci. Une partie de la doctrine a vu dans l'offre un acte juridique, plus précisément soit un avant-contrat<sup>47</sup> soit un engagement unilatéral de volonté<sup>48</sup>. Une autre partie de la doctrine a qualifié l'offre de fait juridique, car sa révocation est soit une faute<sup>49</sup> soit un abus de droit<sup>50</sup>. Enfin, il a été soutenu que l'offre a une nature dualiste,

<sup>45</sup> Soc., 22 mars 1972, D. 1972, p. 468, note Anonyme.

<sup>46</sup> Civ. 1ère, 5 mai 1987, R.D.T.C., 1987, 102, Obs. J. MESTRE.

<sup>47</sup> DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, 2<sup>e</sup> éd., n<sup>os</sup> 45 et s.

<sup>48</sup> WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme une source d'obligations en droit romain et en droit français*, Th., Paris, 1891.

<sup>49</sup> Voy. La thèse du Conseiller FAGELLA dans R. SALEILLES, « Responsabilité précontractuelle », *RTDciv.*, 1907, p. 732 et s. ; J. CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Paris, 1931, p. 184.

<sup>50</sup> J. MARTIN de la MOUTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Paris, Recueil Sirey, 1951, n<sup>o</sup> 313 et s., p. 289 et s.

acte juridique ou fait juridique au regard de son destinataire ou de l'existence ou non d'un délai de révocation<sup>51</sup>. Ces théories ont généré des conceptions de la sanction de la révocation que l'on peut, en caricaturant quelque peu, ranger en deux catégories. Les auteurs qui voient dans l'offre un acte juridique (avant-contrat ou engagement unilatéral de volonté) considèrent généralement que la sanction de sa révocation est la formation du contrat envisagé. A l'inverse, ceux qui traitent l'offre de fait juridique estiment souvent que sa révocation doit être sanctionnée par la responsabilité civile<sup>52</sup>.

**18.** Pour notre part, la révocation de l'offre doit être sanctionnée par la responsabilité civile. Cependant, au lieu que cette sanction se fonde sur la considération que l'offre est un fait juridique comme on le soutient souvent<sup>53</sup>, elle trouve son explication dans ce que l'offre est un engagement unilatéral de volonté. L'offre est, en effet, généralement définie comme une proposition de conclure un contrat, suffisamment précise, qui indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Il découle de ce qui précède que l'offre est une manifestation de volonté unilatérale destinée à produire un effet juridique, en l'occurrence la formation du contrat. Ferme, elle manifeste une volonté nette de l'offrant de s'engager à conclure le contrat à des conditions précises. Cette fermeté est renforcée notamment par le fait que l'offrant est tenu de maintenir son offre pendant la durée stipulée dans la proposition ou, à défaut d'une telle précision, une durée raisonnable. Alors que la conception classique tenait pour principe que l'offre est librement révocable tant que l'acceptation n'est pas advenue, il est admis aujourd'hui qu'il pèse sur l'offrant une obligation de maintenir son offre dans le délai stipulé ou, à défaut, dans un délai raisonnable. Il en va ainsi des droits sénégalais et malien où le législateur, après avoir rappelé le principe de libre révocabilité de l'offre, prévoit que, « lorsqu'un délai a été fixé pour l'acceptation ou que ce délai résulte des circonstances, la révocation de l'offre ne peut intervenir avant qu'il soit expiré »<sup>54</sup>. C'est la même solution qui a été consacrée en droit OHADA en matière de vente commerciale. Ainsi, si l'Acte uniforme relatif au droit commercial générale admet le principe de révocabilité de l'offre de vente commerciale, il précise que « l'offre ne peut être révoquée si elle indique, en fixant un délai déterminé pour l'acceptation, qu'elle est irrévocable ou si le destinataire était raisonnablement fondé à croire que l'offre était irrévocable et a agi en conséquence »<sup>55</sup>. En France, la solution, initiée par la jurisprudence<sup>56</sup>, a été consacrée par le Code civil modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. L'article 1115 dudit Code pose le principe de la libre rétractation de l'offre tant que l'offre n'est pas parvenue à son destinataire, ce qui n'a pas jamais été contesté, mais l'article 1116 du même Code dispose que l'offre, une fois parvenue à son destinataire, ne peut « être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable ». Il en résulte qu'« il ne

---

<sup>51</sup> J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 123 et s.

<sup>52</sup> Des auteurs ont admis que la sanction de la responsabilité soit la formation du contrat, Voy. en ce sens, par exemple, PLANIOL, RIPERT et EISMEN, *Traité pratique de droit civil français*, t. IV, 2<sup>e</sup> éd., 1952, n°132, p. 153.

<sup>53</sup> Article 1116, alinéas 2 et 3 du Code civil.

<sup>54</sup> Mali Article 44, al.2, Sénégal article 80, al. 2.

<sup>55</sup> Article 242 de l'Acte uniforme portant sur droit commercial général, adopté le 15 février 2010 à Lomé.

<sup>56</sup> Y.-M. LAITHIER, « Vers l'abandon du principe de libre révocabilité de l'offre », note sous Cass. civ., 20 mai 2009, RDC, 2009, pp. 1325-1329.

reste quasiment rien du traditionnel principe de libre révocabilité de l'offre »<sup>57</sup>. Le droit belge est également dans ce sens<sup>58</sup>.

**19.** La consécration de l'obligation de maintien de l'offre pendant un certain délai est nécessaire car elle est « commandée par les besoins du commerce » et par la sécurité des transactions<sup>59</sup>. Il est, en effet, nécessaire que le destinataire de l'offre dispose d'un temps pour analyser l'offre et évaluer ses capacités à exécuter le contrat projeté.

**20.** Ainsi caractérisée, l'offre présente un air de famille avec l'acte juridique unilatéral défini comme « une manifestation de volonté émanant d'un individu qui entend créer certains effets de droit sans le secours d'aucune autre volonté »<sup>60</sup>. La qualification de l'offre en acte juridique unilatéral de volonté est soutenue par une partie de la doctrine lorsque l'offre stipule un délai d'irrévocabilité et est adressée à une personne déterminée<sup>61</sup>. En réalité, cette qualification nous paraît devoir s'appliquer à toute offre, qu'elle soit assortie ou non d'un délai ou qu'elle soit faite à personne déterminée ou au public. Du moment que la proposition est jugée ferme, précise et non équivoque, il n'y a plus de raison de douter de la volonté de l'offrant de s'engager. Ainsi qu'il a été judicieusement relevé, « qu'elle soit faite à personne déterminée ou au public, avec un délai stipulé ou non, l'offre, ferme et précise, attribue toujours à son destinataire le pouvoir de contracter. Il y a bien un effet voulu par l'offrant qui suffit à conférer à l'offre sa nature d'acte juridique, unilatéral car une seule partie l'a voulu<sup>2</sup> »<sup>62</sup>. La stipulation d'un délai ou la destination publique ou privée de l'offre ne sont que des modalités qui ne devraient pas avoir des incidences ni sur sa nature ni sur son régime.

**21.** Si l'offre peut être qualifiée d'acte juridique, est-elle un engagement unilatéral de volonté? La réponse paraît devoir s'imposer. L'offre, on l'a vu, crée à la charge de l'offrant une obligation de maintien dans un certain délai. Elle est, par conséquent, source d'obligation. Manifestation de volonté unilatérale créant une obligation, l'offre présente les traits d'un engagement unilatéral de volonté. La jurisprudence et la doctrine belge admettent, à juste titre, résolument que l'offre constitue un engagement unilatéral de volonté<sup>63</sup>.

**22.** Reste à savoir en quoi la sanction de la violation d'un tel engagement est adéquatement la responsabilité civile. En réalité, si l'on veut bien admettre que l'offre est un engagement

---

<sup>57</sup> F. TERRE et alii, *op. cit.*, n°178, p. 210.

<sup>58</sup> Mons, 10 décembre 1985, *R.D.C.B.*, 1986, p. 670 ; F. KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Editions du Jeune Barreau, 1984, n°52, p. 36 ; L. CORNELIS, « La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel », *R.G.D.C.*, 1990, n°4, p. 393 ; P. WERY, *Droit des obligations, vol. 1, Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2021, n°127, p. 163.

<sup>59</sup> FLOUR, J-L AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n°139, p. 128.

<sup>60</sup> F. M. SAWADOGO et W. D. KABRE, *Théorie générale des obligations, Droit burkinabè et comparé*, Ouagadougou, Edition 2019, DOFF PROD, p. 130.

<sup>61</sup> Cf. J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 123 et s. La distinction opérée par cet auteur entre les offres-actes juridiques et les offres-faits juridiques a été reprise par la jurisprudence et par bon nombre d'auteurs de doctrine.

<sup>62</sup> P. REMY-CORLAY, « L'existence du consentement », in *Les concepts contractuels du droit français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2012 p. 35 ; en sens également, J. MESTRE qui relève, « (...) S'il y a une place de notre droit à l'engagement unilatéral, ce ne peut être naturellement qu'au prix de l'existence de volontés incontestables », in « La période précontractuelle et la formation du contrat », *PA*, 2000, n°90, p. 10.

<sup>63</sup> Cass. (be), 9 mai 1980, Pas. 1980, 1127 ; J.T., 1981, p. 206 ; Entr. et dr., 1981, p. 146, note M. SENELLE ; voy. une présentation synthétique de la doctrine belge à ce sujet, P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1061 et s.

unilatéral de volonté, générateur d'une obligation, sa révocation, comme l'inexécution de toute obligation, peut logiquement être sanctionnée tout aussi bien par l'exécution forcée en nature ou la réparation en nature, c'est-à-dire la formation du contrat, que par la réparation par équivalent, à savoir la condamnation au paiement de dommages et intérêts. Le choix de la sanction peut d'ailleurs dépendre fortement de la réclamation formulée par le demandeur. Ainsi, on comprend mieux que la révocation de l'offre ait été sanctionnée en droit positif tantôt par le maintien de celle-ci et la conclusion du contrat, tantôt par la condamnation au paiement des dommages et intérêts. Cette divergence de solutions n'est pas la manifestation d'une certaine hésitation comme on a pu le penser<sup>64</sup>.

**23.** S'il y a une question qui mérite d'être posée, c'est celle de savoir laquelle de ces sanctions possibles celle qui est la plus adaptée à la révocation de l'offre. A cet effet, il est nécessaire d'identifier de manière précise l'objet de l'obligation pesant sur l'offrant. Il ne s'agit manifestement pas d'un engagement de conclure le contrat, car l'acceptation suffit à former le contrat. Il est souvent soutenu que l'objet de l'engagement de l'offrant est l'obligation du maintien de l'offre. Toutefois, comme on l'a fait remarquer, « on ne s'engage pas à maintenir un engagement »<sup>65</sup>. Il ne nous paraît pas non plus convaincant de considérer que l'objet l'offre serait l'engagement à « exécuter la prestation projetée dans l'hypothèse d'une acceptation d'autrui »<sup>66</sup> car cette explication risque de confondre l'objet de l'offre avec celui du contrat projeté. A notre sens, l'obligation qui découle de l'offre est celle de ne pas retirer son offre dans un délai déterminé. C'est donc une obligation de ne pas faire. Comme l'affirme un auteur, l'offre « ...s'accompagne alors d'un engagement unilatéral, créateur d'une obligation de ne pas faire »<sup>67</sup>. La révocation de l'offre correspond donc à l'inexécution d'une obligation de ne pas faire. Dans la plupart des Etats de l'OHADA, la sanction du manquement à l'obligation négative est la condamnation du débiteur au paiement de dommages et intérêts. Il en va ainsi de certains de ces Etats où le code civil napoléonien est toujours en vigueur. L'article 1142 dudit code dispose 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 ». Certes, la portée de cette disposition est controversée en doctrine. Pour certains, celle-ci implique l'interdiction faite au juge de prononcer une exécution forcée en nature<sup>68</sup>. Pour la majorité des auteurs, la condamnation au paiement des dommages et intérêts ne concerne que les obligations ayant un caractère personnel. Enfin, il a été soutenu que la règle indique les moyens mis en œuvre en cas d'inexécution d'une condamnation à l'exécution en nature prononcée par le juge<sup>69</sup>. Dans les Etats africains qui ont légiféré postérieurement à l'indépendance sur le régime juridique des obligations, la sanction prévue par l'article 1142 a été maintenue en ce qui concerne l'obligation de ne pas faire. Ainsi,

---

<sup>64</sup> F. KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Editions du Jeune Barreau, 1984, p. 36 ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, Paris, L.G.D.J., n°73, p. 75.

<sup>65</sup> C. GRIMALDI, *op. cit.*, n°728, p. 323.

<sup>66</sup> Dans ce sens, C. GRIMALDI, *op. cit.*, n°728, pp. 323-324.

<sup>67</sup> Ph. MAULAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7<sup>e</sup> éd., 2015, LGDJ n°470, p. 241. Il convient de noter que les auteurs réservent cette analyse à l'hypothèse où l'offre est assortie d'un délai. Mais comme toute offre comporte nécessairement un délai (stipulé ou tacite), l'analyse nous paraît devoir être étendue.

<sup>68</sup> Tel était semble-t-il, de l'avis des rédacteurs du Code civil, Voy. P. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 71 et s.

<sup>69</sup> En ce sens, P. WERY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, spéc. p. 135 et s.

dans le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal<sup>70</sup> issu de la loi du 10 juillet 1963 et la loi malienne du 29 août 1987 portant régime des obligations<sup>71</sup>, le débiteur d'une obligation de ne pas faire est tenu, à défaut d'exécution complète, à réparation. Le Projet de texte uniforme portant droit des obligations dans l'espace OHADA de la fondation du droit continental, qui se veut être une loi type pour les Etats de cet espace<sup>72</sup>, est nettement en faveur de cette solution. Son article 189 dispose que « l'inobservation d'une obligation de ne pas faire se résout de plein droit en dommages et intérêts du seul fait de la contravention, sauf le droit pour le créancier d'en exiger à l'avenir l'exécution en nature. »

**24.** Au demeurant, une bonne partie de la doctrine admet, à juste titre, que l'exécution forcée en nature de l'obligation de ne pas faire est le plus souvent impossible, car l'inexécution de celle-ci crée une situation irréversible<sup>73</sup>. Pour nuancer cette règle, on a habituellement égard à l'article 1143 du Code civil napoléonien qui permet au créancier de détruire ou faire détruire ce qui a été fait en convention d'une obligation de ne pas faire. Il est cependant permis de se demander s'il ne s'agit pas, dans cette hypothèse, d'une réparation en nature et non d'une exécution forcée en nature<sup>74</sup>. Au sens strict, cette dernière impliquerait que l'obligation de ne pas faire soit exécutée en nature, c'est-à-dire que le débiteur soit contraint de s'abstenir de faire quelque chose. Or, par hypothèse, l'inexécution d'une obligation de ne pas faire suppose que le débiteur a fait ce qui était interdit. En conséquence, seule la réparation en nature d'une telle inexécution reste possible<sup>75</sup>.

**25.** Même si la réparation en nature, appliquée à l'offre, entraîne la formation du contrat, elle reste l'expression de la responsabilité civile<sup>76</sup>. Toutefois, elle constituerait une sanction peu adaptée. Elle aboutirait à forcer le consentement d'une partie, ce qui est une atteinte à la liberté contractuelle de conclure ou de ne pas conclure dont l'importance est telle que l'on se demande si elle ne doit pas être considérée comme un droit fondamental<sup>77</sup>. L'octroi des dommages et

---

<sup>70</sup> Article 6.

<sup>71</sup> Article 11.

<sup>72</sup> C'est l'opinion des auteurs du projet, voy, J. ISSA SAYEGH, P. G. POUGOUE et F. M. SAWADOGO, *Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA*, Fondation pour le droit continental, version du 15 avr. 2015, p. 7.

<sup>73</sup> J. AUBERT J.L AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, p. 157, n°169.

<sup>74</sup> La réparation en nature et différente de l'exécution forcée en nature. La première suppose que l'inexécutée du contrat est consommée et que l'exécution en nature n'est pas possible ou souhaitable pour le créancier. Cf. P. WERY, *L'exécution forcée...*, *op. cit.*, n°4, pp. 7 et s.

<sup>75</sup> En ce sens, Ph. MAULAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°976, p. 533 ; Fr. TERRE et alii, *op. cit.*, n°861, p. 928 et 929.

<sup>76</sup> Cf. L. CORNELIS, « La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel », R. G.D.C., 1990, n° 4 et n°28 ; C. DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique, Réflexions comparatives », in M. FONTAINE, *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2002, n° 30 et s., pp. 164-166.

<sup>77</sup> Ph. TERNEYRE, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », *L'Actualité juridique, Droit administratif, D.*, 1998, p.667 ; A. MAYON, « La liberté contractuelle du banquier : un droit fondamental ? », article 37, Dossier : Le droit bancaire et financier à la lumière des droits fondamentaux, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 16 mars 2018, A. Maymont (coord.), *Revue de droit bancaire et financier*, LexisNexis, 2018, n° 6, novembre-décembre, pp. 63-66. En France, le Conseil a refusé de conférer un caractère constitutionnel à la liberté contractuelle, Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1998, *Cahier du Conseil Constitutionnel*, Cahier n°3.

intérêts est, à notre entendement, la sanction appropriée à l'inexécution de l'obligation de s'abstenir de retenir son offre dans un certain délai.

**26.** De ce qui précède, il n'y a pas de doute que l'inexécution de l'engagement unilatéral de volonté peut être sanctionnée par les règles de la responsabilité civile. Reste à s'interroger sur la nature d'une telle responsabilité. A cet égard, il nous semble approprié de rattacher la responsabilité du fait de l'engagement unilatéral à la catégorie de la responsabilité contractuelle.

## **B. Le rattachement de la responsabilité du fait de l'engagement unilatéral à la catégorie de la responsabilité contractuelle**

**27.** Du fait de la structure particulière de l'engagement unilatéral de volonté, il n'est pas évident de savoir dans quelle catégorie classer la responsabilité qui en résulte. Un examen attentif permet cependant de constater qu'il serait inadéquat de la classer dans la catégorie de la responsabilité extracontractuelle (1). La responsabilité pour violation d'un engagement unilatéral de volonté subit plutôt l'attraction de la responsabilité contractuelle (2).

### *1) L'inadéquation de la responsabilité extracontractuelle*

**28.** L'existence d'une *summa divisio* de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité extracontractuelle est bien établie<sup>78</sup> ; elle apparaît même, aux yeux de certains, naturelle<sup>79</sup>. Elle postule que la responsabilité contractuelle intervient en cas d'inexécution par une partie de ses obligations contractuelles, tandis que la responsabilité extracontractuelle se déploie pour réparer un préjudice causé par le manquement à des obligations autres que contractuelles. Toutefois, la distinction a été mise en cause. En premier lieu, elle a été contestée par les partisans de la thèse de l'unité des responsabilités extracontractuelle et contractuelle<sup>80</sup>. Pour eux, ces deux responsabilités ont une unité de nature en ce que l'obligation de réparation en matière contractuelle n'a pas sa source dans le contrat, mais dans la loi, notamment les articles 1382 et s. du Code civil car, « *qu'il s'agisse de l'obligation légale ou d'une obligation contractuelle, toute lésion causée au débiteur ou un tiers, est un délit.* »<sup>81</sup> L'inexécution du contrat constitue donc un délit à l'image de la responsabilité extracontractuelle. Les partisans de l'unité relèvent également que les deux responsabilités auraient des fonctions similaires, en l'occurrence prioritairement la réparation et secondairement la punition. S'appuyant sur cette unité de nature et de fonction, ils jugent que la différence de régimes juridiques est artificielle et prônent l'application pure et simple au contrat des règles de la responsabilité extracontractuelle. Si cette thèse a permis de mettre en exergue les points communs entre ces deux responsabilités, elle n'a toutefois pas fait oublier les différences irréductibles entre ces deux types de responsabilité, au

---

<sup>78</sup> F. CHENEDE, « Responsabilité contractuelle et responsabilité : une *summa divisio* ? », in *Vers une réforme de la responsabilité civile française*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 31 et s. ; F. TERRE et PH. SILMER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2018, n°897, p. 971.

<sup>79</sup> F. TERRE et PH. SILMER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2018, n°897, p. 972.

<sup>80</sup> J. GRANDMOULIN, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, 1892 ; E. JUVEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, préface E. LOQUIN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 2016.

<sup>81</sup> J. GRANDMOULIN, *op. cit.*, p. 33-34, cité par G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité civile*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2019, n°228, p. 378.

demeurant réglées à l'origine par le code civil dans des dispositions différentes<sup>82</sup>. La majorité de la doctrine s'inscrit ainsi dans une position intermédiaire : elle prend parti pour la dualité de responsabilités tout en nuanciant fortement les différences de régimes entre ces deux responsabilités<sup>83</sup>. Le droit positif de la plupart des Etats de l'OHADA, tout au moins, ceux où le Code civil napoléonien est applicable est en faveur de la théorie de la dualité. Le droit sénégalais se démarque toutefois car il consacre la thèse de l'unité des responsabilités dans les articles 118 et s. du Code des obligations civiles et commerciales<sup>84</sup>.

**29.** La mise en cause de la distinction a ensuite été tirée des lois spéciales qui consacrent des régimes de responsabilités mêlant des éléments contractuels et extracontractuels. Dans l'espace OHADA, il en va ainsi du régime d'indemnisation des accidents de la circulation organisé par le Code des États membres de la Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances (CIMA)<sup>85</sup> et du régime de responsabilité en matière de transports<sup>86</sup>. Dans les pays de l'Union européenne, il en a été de même du régime de la responsabilité des fabricants et producteurs pour le fait des produits défectueux, prévu par la directive du 25 juillet 1985. Certains auteurs y ont alors vu un troisième ordre de responsabilité qui remettrait en cause la *summa divisio*<sup>87</sup>. Sans nier cette analyse, il convient cependant de relever que ces régimes, cantonnés dans des domaines bien déterminés, ont une portée fort limitée et n'altèrent donc pas substantiellement la distinction.

**30.** Enfin, une partie de la doctrine a nié le concept de « responsabilité contractuelle », en arguant que l'inexécution du contrat donnerait lieu à un « paiement forcé »<sup>88</sup>, substitut à l'exécution du contrat, et non une réparation ou une indemnisation, finalité de la responsabilité extracontractuelle. En réalité, cette thèse, visant à mettre en évidence le particularisme de la « responsabilité contractuelle » par rapport à la responsabilité extracontractuelle, accentue la distinction plus qu'elle ne la remet en cause.

**31.** La *summa divisio* ainsi établie implique que la responsabilité civile est soit contractuelle, soit extracontractuelle. Une situation relève de l'ordre contractuel ou de l'ordre extracontractuel. « S'il est un point qui semble avoir toujours été admis, pratiquement sans discussion, tant par la doctrine que la jurisprudence, c'est que toute responsabilité qui ne remplit

---

<sup>82</sup> Voy. les articles 1146 à 1146 pour la responsabilité contractuelle et les articles 1382 à 1386 pour la responsabilité extracontractuelle.

<sup>83</sup> En ce sens, G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité civile*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2019 n°229, p. 378 et s.

<sup>84</sup> Cf. J.-P. TOSI, *Le droit des obligations au Sénégal*, Bibliothèque Africaine et Malgache, Paris, L.G.D.J., Abidjan Nouvelles éditions africaines, 1981, n°506, p. 180.

<sup>85</sup> Code des États membres de la Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances (CIMA), articles 200 et s.

<sup>86</sup> Acte uniforme relatif au contrat de transport de marchandises par route (AUTCMR), adopté à Yaoundé le 22 mars 2002, notamment les articles 20 et 21 ; Règlement n° 02/2003/CM/UEMOA du 20 mars 2003 relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en cas d'accidents ; Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer de 1978, dite règles de Hambourg, notamment article 7 ; Convention de Montréal du 28 mai 1999 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, notamment articles 29 et 30.

<sup>87</sup> En ce sens, pour le droit OHADA et le droit burkinabè, N. I SOMDA, *Responsabilité civile en droit des transports et en droit des assurances. Contribution à l'étude de l'unité des responsabilités contractuelle et extracontractuelle en droit burkinabè*, Thèse, Université Thomas Sankara, 6 mai 2021 ; pour le droit français, voy. G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n°s 395 et s., p. 634 et s.

<sup>88</sup> Ph. LE TOURNEAU (dr.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 12<sup>e</sup>, Paris, Dalloz, 2020, n°807, p. 323.

pas les conditions nécessaires pour se voir appliquer le régime contractuel obéit nécessairement au régime délictuel »<sup>89</sup>. Ainsi, la doctrine a admis, « comme allant de soi, que toute action en responsabilité doit nécessairement entrer dans l'une des deux catégories traditionnellement opposées, l'existence de régimes autonomes ou mixtes n'étant, en revanche, pas envisagée. »<sup>90</sup> Cette distinction induit le principe de non-cumul de responsabilité, mieux nommé principe de non-option<sup>91</sup>, selon lequel le créancier d'une obligation contractuelle ne peut, en cas de manquement à celle-ci, qu'invoquer le régime de la responsabilité contractuelle ; il lui interdit de se fonder sur la responsabilité extracontractuelle.

**32.** La responsabilité contractuelle suppose l'existence d'un contrat déjà formé. C'est celle « (...) qui a vocation à s'appliquer aux relations entre le créancier et le débiteur d'une obligation contractuelle, en cas d'inexécution de celle-ci. Tous les autres rapports, c'est-à-dire ceux qui constituent des relations entre tiers relèvent de la responsabilité délictuelle. »<sup>92</sup>. Cette idée est fortement ancrée dans la plupart des Etats de l'OHADA. Cette exigence du contrat, consubstantielle à la responsabilité contractuelle, explique qu'« il n'y a de responsabilité précontractuelle ou post-contractuelle que délictuelle »<sup>93</sup>. Concernant en premier lieu la phase précontractuelle, « tant que le contrat n'a pas été conclu, la réparation ne peut relever que du régime délictuel »<sup>94</sup>. Il en va ainsi de la rupture des pourparlers ou du manquement aux obligations précontractuelles d'information ou de conseils. Le refus d'appliquer le régime de responsabilité contractuelle à la révocation de l'offre par l'absence de contrat<sup>95</sup> trouve également sa justification dans cette idée. Les systèmes juridiques précités rejettent donc la théorie de la *culpa in contrahendo* développée par Jhering<sup>96</sup> et consacrée en droit allemand<sup>97</sup> selon laquelle les fautes commises dans la phase précontractuelle pourraient être sanctionnées par la responsabilité contractuelle, car il existerait un engagement implicite de chacun envers l'autre de répondre des fautes commises. La Cour de cassation française a clairement repoussé cette idée dans un arrêt rendu le 11 janvier 1984<sup>98</sup>. Concernant la période post-contractuelle, elle suppose par hypothèse que les relations contractuelles ont cessé de telle sorte que l'application de la responsabilité contractuelle serait sans fondement. Il faut cependant réserver

---

<sup>89</sup> G. VINEY, *Introduction à la responsabilité civile*, op. cit., n°18, p. 490.

<sup>90</sup> *Idem.*, n°394, p. 634.

<sup>91</sup> J. FLOUR, J.L AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, op.cit., n°183, p. 176

<sup>92</sup> F. TERRE et PH. SILMER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 12e éd., 2018, n°897, p. 973.

<sup>93</sup> J. FLOUR, J.L AUBERT et E. SAVAUX, op. cit., n°186, p. 178.

<sup>94</sup> J. SCHMIDT, « La période contractuelle en droit français », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 42 n°2, avril-juin, 1990, p. 547

<sup>95</sup> P. WERY, *Droit des obligations, Théorie générale du contrat*, vol. 1, Larcier, 2<sup>e</sup> éd., 2011, n°135, p. 159

<sup>96</sup> R. VON JHERING, « De la culpa in contrahendo ou des dommages et intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites », in *Œuvres choisies*, t. 2, traduction MEULENAERE, 1893.

<sup>97</sup> BGB, § 311, al. 3, « Un rapport d'obligations générateur des obligations prévues au § 241 al. 2 peut également naître à l'égard de personnes qui ne sont pas elles-mêmes parties au contrat. Ce rapport contractuel naîtra plus spécialement lorsque le tiers jouit d'une confiance particulière et en profite pour influencer notablement les pourparlers ou la conclusion du contrat ».

<sup>98</sup> Paris, 13 fév. 1883, Gaz. Pal. 1883, 2, 414 ; Dijon, 15 fév. 1893, S. 1894, 2, 144 ; Lyon, 10 juil. 1896, D. 1896, 2, 496 ; Rennes, 8 juil. 1929, D.H. 1929, 548 ; Nîmes, 13 mai 1932, D.H. 1932, 404 ; Cass. com. 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n° 93 ; Rev. trim. dr. civ. 1972, p. 779, obs. DURRY ; J.C.P. 1973, 17543, note J. SCHMIDT ; Cass. com. 11 janv. 1984, Bull. civ.TV, n° 16, p. 13.

le cas où le contrat comporte des clauses post-contractuelles dont la violation est sanctionnée par la responsabilité contractuelle.

**33.** A suivre la *summa divisio* ainsi décrite, l'inexécution d'un engagement unilatéral doit être sanctionnée par la responsabilité extracontractuelle. Fruit d'une seule volonté, l'engagement unilatéral de volonté ne peut à l'évidence être qualifié de contrat et ne peut logiquement donner lieu à une responsabilité contractuelle. La responsabilité pour engagement unilatéral de volonté devrait dès lors être rangée dans la catégorie de la responsabilité extracontractuelle, « catégorie ouverte »<sup>99</sup> destinée à accueillir toute responsabilité qui n'est pas contractuelle. Ainsi, « lorsqu'un dommage se produit, il faut (...) d'abord vérifier si sa réparation peut entrer dans le cadre de la responsabilité contractuelle, et ce n'est que si la réponse est négative que la responsabilité extracontractuelle sera envisagée »<sup>100</sup>. Certains auteurs opinent dans ce sens<sup>101</sup>. C. DELGORGE soutient notamment qu'en cas de retrait intempestif de l'offre, laquelle est considérée comme un engagement unilatéral en droit belge, l'application des règles de la responsabilité aquilienne est préférable, même si elle reconnaît que cette solution n'est pas totalement justifiée<sup>102</sup>.

**34.** L'application de la responsabilité extracontractuelle au domaine de l'engagement unilatéral peut, en outre, s'expliquer par la structure de l'engagement unilatéral de volonté. Ainsi qu'il a été rappelé plus haut, il est admis que la responsabilité à l'égard des tiers est extracontractuelle. Or, le créancier de l'engagement unilatéral de volonté peut être considéré comme un tiers à l'engagement unilatéral de volonté. La notion du tiers est, en effet, définie en droit des obligations par rapport au contrat. En dépit de la controverse qui entoure la notion de tiers, ceux-ci peuvent être définis comme « les personnes qui ne se retrouvent pas personnellement impliquées par le rapport d'obligation contractuelle considéré, ou encore, dit autrement, les personnes entre lesquelles il n'existe pas d'obligation de nature contractuelle à l'exécution de laquelle le dommage subi par l'une d'elles puisse être rattaché »<sup>103</sup>. Par hypothèse, la formation de l'engagement ne suppose pas l'acceptation du créancier ; elle peut même avoir lieu sans que ce dernier n'en soit informé. Il n'y a que dans les actes receptices que la notification, et donc la connaissance, est une condition d'existence de ces derniers<sup>104</sup>. En cas d'inexécution dudit engagement, il n'est pas incongru que le créancier, tiers à celui-ci, se fonde sur la responsabilité extracontractuelle pour obtenir les dommages et intérêts. Enfin, il est généralement entendu que la responsabilité extracontractuelle est le droit commun alors que la responsabilité contractuelle

---

<sup>99</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 2-Responsabilité civile et quasi-contrat*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2019, n°18, p. 28.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

<sup>101</sup> A. POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Thémis, 1995, p. 30 et 31.

<sup>102</sup> C. DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique, Réflexions comparatives », in M. FONTAINE, *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2002, n° 32, p. 165.

<sup>103</sup> J. FLOUR, J.L AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation, op. cit.*, n°187.

<sup>104</sup> L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Dalloz, 1994, p. 25 ; P. WERY, *Droit des obligations, vol. 2, Les sources des obligations extracontractuelles, Le régime général des obligations*, Bruxelles, Larcier, 1<sup>ère</sup> éd., 2016, n°52, p. 63.

passer pour l'exception. Dès lors, toute responsabilité qui ne résulte pas d'un contrat est à ranger dans la catégorie de la responsabilité extracontractuelle.

**35.** Toutefois, s'il existe des arguments en faveur de la responsabilité extracontractuelle, son application heurte frontalement la nature d'acte juridique reconnue unanimement à l'engagement unilatéral. Dans la mesure où ce dernier fait partie de la catégorie d'actes juridiques unilatéraux qui l'on peut considérer comme la deuxième mamelle des actes juridiques<sup>105</sup>, lui appliquer le régime de la responsabilité extracontractuelle qui ressortit aux faits juridiques constituerait une cote mal taillée. On sait qu'il existe une différence de nature entre les deux sources d'obligations en droit civil. Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit voulus alors que les faits juridiques se définissent comme des agissements volontaires ou involontaires qui créent des obligations non recherchées par son auteur<sup>106</sup>. En d'autres termes, tandis que les effets juridiques produits par les premiers sont voulus, ceux des seconds sont imposés par la loi ou le juge sans que leurs auteurs ne les aient désirés. Certes, ce critère de distinction a été critiqué. Il a été soutenu que le lien de causalité entre la manifestation de volonté et la production des effets dans les actes juridiques n'est pas formulé avec suffisamment de rigueur car il ne permettrait pas de distinguer dans certains cas les actes juridiques et les faits juridiques<sup>107</sup>. Toutefois, outre qu'il sera difficile de trouver un critère qui emporte l'unanimité, l'objection ne remet pas en cause le principe même de la distinction entre actes juridiques et faits juridiques, considérée comme « une des conquêtes de la science juridique du siècle dernier »<sup>108</sup> et qui demeure une réalité en droit positif. Puisque l'engagement juridique unilatéral fait indubitablement partie des actes juridiques, il faut lui appliquer un régime de responsabilité plus conforme à sa nature volontaire.

## 2) *L'attraction de la responsabilité contractuelle*

**38.** Du point de vue de sa nature, l'acte juridique unilatéral est assurément proche du contrat. Cette nature commune appelle normalement une identité, ou tout une similitude, de régime juridique. Comme on l'a si bien dit, « dans le rapport entre la nature juridique et le régime juridique d'une notion ou d'une catégorie, c'est la nature qui est l'élément premier et le régime juridique l'élément déduit »<sup>109</sup>. Un certain nombre d'auteurs appelle à appliquer à l'engagement unilatéral de volonté le régime du contrat<sup>110</sup>. Partant du constat que le Code civil n'a pas prévu de régime propre à l'acte juridique unilatéral, encore moins à l'engagement unilatéral de volonté, ces auteurs soutiennent que le contrat constitue l'acte juridique modèle à partir duquel devrait se déduire le régime juridique des actes juridiques unilatéraux. Ainsi, les règles relatives aux contrats sont celles qui devraient s'appliquer aux actes juridiques unilatéraux et particulièrement à l'engagement unilatéral de volonté. De l'avis d'une partie de la doctrine, les rédacteurs du Code civil seraient sur cette ligne. Alors qu'ils avaient connaissance de

---

<sup>105</sup> La première mamelle est constituée par les contrats.

<sup>106</sup> G. LEGER, *Droit civil, Les obligations*, Mémentos Dalloz, 17e éd., 2001, p.132

<sup>107</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 1995, n°57, p. 70.

<sup>108</sup> A. POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Thémis, 1995, p. 24.

<sup>109</sup> J. L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTDciv.* n°2, 1984, p. 263, n°10.

<sup>110</sup> A titre d'exemple, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°933, p. 1948 ; J. FLOUR, J.L AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, op. cit.*, n°491, p. 506 ;

l'existence des actes unilatéraux, ils se seraient résolus, au vu du caractère épars des actes unilatéraux, de prévoir des règles de droit des contrats qui devaient constituer la théorie générale de l'acte juridique<sup>111</sup>. Le législateur français a ouvertement assumé cette position dans la récente réforme du droit des contrats. Selon l'article 1100-1 nouveau du Code civil, « ils [les actes juridiques unilatéraux] obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats ». Suivant cette opinion largement partagée, il conviendrait que la rupture de l'engagement unilatéral soit sanctionnée par la responsabilité contractuelle. L'engagement unilatéral serait ainsi soumis au régime de la responsabilité contractuelle.

**39.** Concernant particulièrement la responsabilité civile, une partie de la doctrine milite pour l'application de la responsabilité contractuelle<sup>112</sup>. X. DIEUX observe que « parfaitement identiques lorsqu'on les rapporte à leur fondement substantiel, les contrats et les engagements par déclaration de volonté unilatérale doivent être sanctionnés de la même façon et il est légitime d'appliquer aux seconds les règles semblables à celles qui gouvernent la responsabilité contractuelle dans la mesure où elles ne sont que la traduction concrète de ce fondement commun »<sup>113</sup>. C. GRIMALDI s'inscrit dans la même solution. Mais son explication est des plus originale. D'abord, l'auteur soutient, comme les auteurs opposés au concept de responsabilité contractuelle<sup>114</sup>, que l'exécution en nature ou par équivalent en cas de violation du contrat a une fonction satisfaisante et non compensatoire. Pour lui, « que l'on parle d'exécution en nature ou par équivalent, on est dans le domaine de l'exécution, puisque le débiteur ne fait qu'exécuter l'engagement pris soit naturellement (exécution en nature), soit artificiellement (exécution par équivalent) »<sup>115</sup>. C'est seulement dans l'hypothèse où « le dommage causé par l'inexécution est d'un montant supérieur à la valeur de l'obligation que les règles de la responsabilité contractuelle devraient fonctionner pour prendre le relais de l'exécution par équivalent »<sup>116</sup>. Ainsi, si le régime de la responsabilité contractuelle devait trouver à s'appliquer à l'engagement unilatéral, il ne concernerait que le préjudice supplémentaire créé par l'inexécution. Il s'agit d'une conception de la responsabilité contractuelle différente de celle communément admise, qui semble plus proche de l'entendement classique de la responsabilité extracontractuelle.

**40.** Toutefois, la fusion des régimes des actes bilatéraux et unilatéraux a été dénoncée par une partie de la doctrine qui, tout en reconnaissant la nature commune des deux catégories d'actes juridiques, fait remarquer qu'il serait excessif d'assimiler le régime juridique de l'acte juridique unilatéral à celui de l'acte bilatéral. En ce sens, J. MARTIN de la MOUTTE souligne judicieusement que « le caractère unilatéral d'un acte lui confère une certaine autonomie naturelle, qui le rend souvent réfractaire en matière contractuelle. La transposition pure et simple de ces dernières à l'acte unilatéral est fréquemment difficile, sinon impossible quelque

---

<sup>111</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 175-179, pp. 165-168.

<sup>112</sup> X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles-Bruylant, Paris-LGDJ, 1995, n<sup>o</sup>45, p. 106 ; M. FABRE-MAGAN, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021, n<sup>o</sup>1126, p. 884

<sup>113</sup> X. DIEUX, *idem*.

<sup>114</sup> D. TALLON, « L'inexécution du contrat : une autre présentation », *RTDCiv.*, 1994, p. 225 et s. ; Ph. REMY, « 'La responsabilité contractuelle' : histoire d'un faux concept », *RTDCiv.*, 1997, p. 323 et s. ; Ph. LE TOURNEAU (dir.), *op. cit.*, p. 18 et s.

<sup>115</sup> C. GRIMALDI, *op. cit.*, n<sup>o</sup>1013, p. 470.

<sup>116</sup> C. GRIMALDI, *op. cit.*, n<sup>o</sup>1013, p. 470.

fois »<sup>117</sup>. Pour cet auteur, l'élément fondamental qui constitue la substance de l'acte unilatéral est « (...) qu'il n'exprime jamais la conciliation entre des intérêts contradictoires. Il assure, au contraire, la prédominance d'un intérêt unique et semble ainsi ne comporter qu'une seule partie. »<sup>118</sup> C'est toute la différence avec le contrat qui est destiné à assurer la conciliation entre des intérêts contradictoires.

**41.** Cette nuance entre ces deux catégories d'actes juridiques ne milite-t-elle pas en faveur d'un régime de responsabilité propre à l'engagement unilatéral de volonté ? La question est assurément logique. Une réponse affirmative paraît en effet en phase avec la structure particulière de l'engagement unilatéral. Toutefois, le fait qu'un concept ou une institution ait un trait particulier ne justifie pas toujours un régime particulier. Par exemple, le délit et le quasi-délit sont distincts par leurs éléments constitutifs, mais ils relèvent tous deux du régime de la responsabilité extracontractuelle. Plus illustratif, le quasi-contrat est distinct de ces deux derniers faits illicites, mais se voit appliquer le régime délictuel<sup>119</sup>. Si à ces faits est appliqué un même régime, c'est qu'ils partagent un élément essentiel commun, en l'occurrence l'effet juridique non voulu, qui fonde la création d'un régime juridique commun. A cet égard, l'engagement unilatéral de volonté et le contrat partagent un élément substantiel commun, à savoir le caractère volontaire des effets juridiques produits. Cet élément, qui fonde leur appartenance à la famille de l'acte juridique, explique que l'engagement unilatéral de volonté soit soumis au régime de la responsabilité contractuelle. La solution est d'autant plus justifiée que les conditions de celle-ci s'appliquent judicieusement à la responsabilité pour engagement unilatéral de volonté.

## **II. L'application judiciaire des conditions du régime contractuel à la responsabilité du fait de l'engagement unilatéral de volonté**

**42.** Comme la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle, la responsabilité du fait de l'engagement unilatéral suppose une faute, le manquement à une obligation, un préjudice et un lien de causalité entre le premier et le second. Le problème se pose quant aux éléments de différence entre ces deux catégories classiques de responsabilité. On sait que la responsabilité contractuelle se distingue de la responsabilité extracontractuelle par l'exigence dans la première des conditions de la réparation qui n'existent pas dans la seconde. Il s'agit de la mise en demeure et de l'absence d'une clause de non-responsabilité, qui sont des conditions pour obtenir la réparation, ainsi que la prévisibilité du préjudice. Si le régime contractuel s'applique dans le principe à la responsabilité du fait de l'engagement unilatéral, encore faut-il s'assurer que ces conditions peuvent s'appliquer à cette dernière. La structure unilatérale de l'engagement unilatéral de volonté, qui distingue ce dernier du contrat, constitue de prime abord un obstacle. Toutefois, si l'on y regarde de plus près, l'application de ces conditions est permise. En effet, plus que la structure de la source, ces conditions tiennent,

---

<sup>117</sup> *Op. cit.*, n°160, p. 155.

<sup>118</sup> n°46, p. 53.

<sup>119</sup> MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, n° 392 ; MARTY et RENAUD, *Les obligations*, t. 2, vol. 1, n°366. Contra. D. ACQUARONE, « La nature juridique de la responsabilité civile du gérant d'affaires dans ses rapports avec le maître d'affaires », *D., chr.*, 1986, p. 21 et s.

en réalité, au caractère volontaire des obligations souscrites, lequel caractère unit le contrat et l'engagement unilatéral. Il en résulte que les conditions relatives au droit à la réparation (A) ainsi qu'à l'exigence de prévisibilité du préjudice (B) trouvent à s'appliquer en matière de responsabilité pour engagement unilatéral, en dépit de quelques difficultés apparentes.

## **A. L'application des conditions tenant au droit à la réparation**

**43.** En matière de responsabilité contractuelle, le droit pour le créancier d'obtenir réparation est subordonné à la mise en demeure du débiteur et à l'absence d'une clause de non-responsabilité. Bien que la structure unilatérale de l'engagement puisse laisser penser le contraire, ces deux conditions s'adaptent à la responsabilité pour engagement unilatéral. Ainsi, il ne paraît pas en ce domaine contestable que la mise en demeure est nécessaire (1) et que la clause de non-responsabilité est valable (2).

### *1) La nécessité de mise en demeure du débiteur de l'engagement unilatéral*

**44.** La mise en demeure peut se définir comme « l'acte par lequel le créancier somme le débiteur d'exécuter son obligation »<sup>120</sup>. C'est une interpellation adressée formellement par le créancier à son débiteur par laquelle il exprime sa volonté d'obtenir l'exécution d'une obligation<sup>121</sup>.

Le créancier de l'engagement unilatéral doit-il mettre en demeure le débiteur avant toute action judiciaire en responsabilité ? On peut hésiter à répondre par l'affirmative. La mise en demeure est généralement présentée comme un mécanisme propre à la responsabilité contractuelle par une partie importante de la doctrine. De même, le Code civil napoléonien, qui demeure d'application dans un certain de pays africains, ne l'envisage que dans les dispositions relatives à la responsabilité contractuelle. Aux termes de l'article 1146 dudit Code, en effet, « *les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer* ».

**45.** En réalité, une analyse approfondie permet de réaliser que la mise en demeure n'est pas une exigence exclusive de la matière contractuelle. Ainsi qu'il a été relevé fort à propos, la mise en demeure suppose l'existence préalable d'une obligation que le débiteur manque d'exécuter et qui est susceptible d'exécution<sup>122</sup>. C'est la raison pour laquelle elle est requise en principe en matière contractuelle où les obligations, qui tirent leur source d'un accord de volontés, préexistent à la demande d'exécution. C'est ce qui explique également que la mise en demeure ne soit pas exigée lorsque, comme le dispose l'article 1146, « ...la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a

---

<sup>120</sup> F. M. SAWADOGO et W. D. KABRE, *Théorie générale des obligations, Droit burkinabè et comparé*, Ouagadougou, Edition 2019, DOFF PROD, p. 111.

<sup>121</sup> J. FLOUR, J.L AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation, op. cit.*, n°234.

<sup>122</sup> J. FLOUR, J.L AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation, 9e éd.*, Sirey, 2015, n°234, p. 236

laissé passer » ou lorsque le débiteur d'une obligation de ne pas faire l'a violé<sup>123</sup> ou encore lorsque le débiteur manifeste expressément sa volonté de ne pas exécuter l'obligation.

La même logique a conduit à écarter le principe de la mise en demeure de la matière extracontractuelle, car « il serait absurde d'obliger la victime à demander au responsable de ne pas causer un dommage qui, par hypothèse, est accompli »<sup>124</sup>. Au contraire, la mise en demeure se révèle nécessaire quand il se pose un problème d'exécution d'une obligation qui existe déjà. Elle a ainsi été exigée pour engager la responsabilité d'un assureur qui, condamné par un jugement à employer en rentes de l'Etat une indemnité accordée à un mineur, a tardé dans cet emploi<sup>125</sup>. Tout bien considéré, la mise en demeure est exigée toutes les fois qu'une obligation existe et peut être exécutée.

**46.** L'engagement unilatéral de volonté, on le sait, est un acte juridique créateur d'obligations dont l'exécution peut être réclamée postérieurement à sa création par le créancier. Il n'y a donc pas d'obstacle à ce que son domaine accueille la mise en demeure. Ainsi, lorsque le débiteur ne respecte pas l'engagement qu'il a souscrit, il peut, en principe, être mis en demeure de le faire. D'ailleurs, il n'échappe à personne que l'article 1146, quoique formulé sous un titre consacré à la matière conventionnelle, parle en termes généraux de la nécessité de mettre en demeure en se référant au « débiteur... en demeure de remplir son obligation », ce qui laisse croire qu'il s'agit de tout débiteur d'une obligation. Cet article peut donc parfaitement s'appliquer au débiteur de l'engagement unilatéral de volonté.

**47.** Dans le même sens, il convient de relever que le régime juridique de certains engagements unilatéraux prévoit la nécessité d'une mise en demeure. Il en va ainsi de l'engagement résultant du bulletin de souscription des actions dont on a vu qu'il pouvait être qualifié d'engagement unilatéral de volonté. Aux termes de l'article 775 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, « au cas de non-paiement des sommes restant à verser sur les actions non libérées, aux époques fixées par le conseil d'administration ou l'administrateur général selon le cas, la société adresse à l'actionnaire défaillant une mise en demeure par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ». Cette mise en demeure d'un délai d'un mois est préalable à toute sanction contre cet actionnaire défaillant.

**48.** Si la mise en demeure est admise en matière d'engagement unilatéral, elle y connaît les mêmes limites que celles touchant la matière contractuelle. Notamment, elle ne devrait pas être exigée dans l'hypothèse où le débiteur déclare sa volonté de ne pas procéder à l'exécution de l'engagement ou lorsque l'engagement unilatéral ne peut plus utilement être exécuté pour le créancier ou donne naissance une obligation de ne pas faire. On peut sans doute inclure dans ce dernier l'obligation pour l'offrant de ne pas révoquer son offre dans un certain délai. Le destinataire de l'offre n'a donc pas à mettre en demeure l'offrant avant de l'assigner en responsabilité devant les juridictions compétentes.

## **2) La validité des clauses de non-responsabilité en matière d'engagement unilatéral**

---

<sup>123</sup> Article 1145 code civil napoléonien rendu applicable dans de nombreux Etats membres de l'OHADA.

<sup>124</sup> Ph. MAULAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°973, p. 530.

<sup>125</sup> Cass. civ., 31 juill. 1946, *J.C.P. G.*, 1947, II. 3809, note P. Esmein.

**49.** Les clauses de non-responsabilité dénie au créancier le droit de réclamer au débiteur la réparation du dommage. Elles peuvent être exclusives d'obligations, c'est-à-dire que le débiteur sera déchargé de certaines obligations, ou être exonératoires en ce sens que l'inexécution par le débiteur des obligations stipulées ne donnera pas lieu à réparation<sup>126</sup>. Peuvent-elles être admises en matière d'engagement unilatéral de volonté ? Précisions que cette interrogation ne laisse pas de côté les clauses limitatives de responsabilité qui peuvent être considérées comme des clauses de non-responsabilité partielles.

**50.** Plusieurs objections s'opposent à l'application des clauses de non-responsabilité à l'engagement unilatéral de volonté. Tout d'abord, on pourrait faire valoir que ces dernières ne sont admises qu'en matière contractuelle. A considérer en premier lieu la notion de clause, elle paraît renvoyer au contrat et donc à l'accord de volontés qui est différent de la technique de l'engagement unilatéral de volonté unilatérale fondée sur la volonté d'une seule personne. Cette réponse, qui présente toutes les apparences de la logique, est cependant contredite par la sémantique du terme<sup>127</sup> et par la pratique qui admet des clauses par exemple en matière de testament<sup>128</sup>. A tenir compte en second lieu de leur champ d'application, lesdites clauses, qui ont fini, après de nombreuses controverses et des rebondissements, par être admises dans le principe en matière contractuelle<sup>129</sup>, furent bannies du domaine extracontractuel par la jurisprudence<sup>130</sup>. Cet argument doit toutefois être relativisé. On peut ainsi constater que le droit belge a admis le principe de validité des clauses de non-responsabilité en matière extracontractuelle<sup>131</sup>. De même, un mouvement contraire se dessine avec certains projets de réforme<sup>132</sup>. Par exemple, l'article 318, alinéa 1, du Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA, dispose que : « Les conventions ayant pour objet d'exclure ou de limiter la réparation sont valables, en principe, en matière de responsabilité délictuelle ». Une partie de la doctrine plaide en faveur de cette solution<sup>133</sup>. Il en résulte qu'il n'est pas incohérent d'admettre les clauses de non-responsabilité dans le domaine extracontractuel. Toutefois, même en cette matière, la clause de non-responsabilité résulte d'un accord de volontés<sup>134</sup> établi antérieurement ou postérieurement à la réalisation du dommage.

---

<sup>126</sup> Voy. pour cette typologie, J. FLOUR, J.L AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation, op. cit.*, n°237, p. 239.

<sup>127</sup> Clause signifie dans le latin médiéval *clausa*, membre de phrase et du latin classique *claudere*, clore ; in Dictionnaire Larousse, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/clause/16431>, consulté le 27 janv. 2022.

<sup>128</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13<sup>e</sup> éd., PUF, voy. Clause.

<sup>129</sup> Civ., 24 janv. 1874, DP 1876, DP 1876, I. 133 ; Req. 15 mai 1923, S. 1924, I. 81, note H. Rousseau ; Civ. 12 mai 1930, DH 1930. 345.

<sup>130</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 17 fév. 1955, D. 1956, 17, note P. Esmein, J.C.P. 1955, II. 8951, R. Rodière, *Grands arrêts*, t. 2, n°182.

<sup>131</sup> Cass. (be), 21 février 1907, Pas., 1907, I., p. 135. La doctrine est en ce sens, voy. P. VAN HOMMESLAGHE, *Traité de droit de civil, T II, Les obligations, Vol. 2 : Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2015, n° 1157, p. 1709.

<sup>132</sup> En ce sens, Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA, article 318, al. 1 qui dispose que : « Les conventions ayant pour objet d'exclure ou de limiter la réparation sont valables, en principe, en matière de responsabilité délictuelle. » ; Projet de réforme de la responsabilité civile, version de mars 2017, article 1281 : « Les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle. ».

<sup>133</sup> G. VINEY, Rapport de synthèse, in J. GHESTIN (dir.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Acte du Colloque du 13 et 14 décembre 1990, Paris, LGDJ, 1990, p. 330 ; H. CONTE, *Volonté et droit de la responsabilité civile*, Marseille, PUAM, 2019, n°s 533 et s., p. 484 et s.

<sup>134</sup> H. CONTE, *op. cit.*, n° 536, p. 487.

**51.** C'est pourquoi, on peut en second lieu avoir des doutes quant à l'admission des clauses de non-responsabilité en matière d'engagement unilatéral. Ces dernières sont, en effet, réputées avoir pour fondement la liberté contractuelle qui est celle reconnue aux parties de déterminer l'étendue de leur engagement de telle sorte que leur validité suppose leur acceptation par la partie à qui on l'oppose. Or, par définition, l'engagement unilatéral existe en dehors de toute acceptation du créancier. L'admission desdites clauses en ce domaine aboutirait dès lors à restreindre le droit à réparation du créancier, tiers par rapport à la naissance de l'engagement unilatéral, sans que celui-ci n'ait consenti à la limitation<sup>135</sup>. L'objection est sérieuse. Elle conduit à s'interroger sur le point de savoir si les clauses sont valables parce que le débiteur les a voulues ou parce que le créancier les a acceptées. En d'autres termes, l'admission de telles clauses est-elle fondée sur la volonté du débiteur ou l'attente du créancier ? En matière contractuelle, même si la question se pose, elle n'est pas préoccupante car l'on peut se contenter de l'idée accommodante selon laquelle l'existence et l'étendue de l'obligation reposent sur l'accord de volontés des parties qui se font face. En l'absence du concours du créancier *ab initio* dans les engagements unilatéraux de volonté, la question ne peut être éludée.

**52.** La réponse à cette question est fonction de la théorie retenue pour justifier la force obligatoire de l'engagement unilatéral de volonté. Sur ce point, il convient de noter que plusieurs conceptions existent. D'après une partie de la doctrine, la force obligatoire de l'engagement unilatéral de volonté tire sa force créatrice et son étendue de la promesse du débiteur<sup>136</sup>. En se fondant sur une telle conception, celui-ci, étant maître de l'existence ou de l'étendue de ses obligations, doit pouvoir les limiter par des clauses de non-responsabilité. Avec une telle conception qui n'est pas sans rappeler la théorie de l'autonomie de la volonté<sup>137</sup> développée en matière contractuelle, les clauses devraient être tenues pour valables, même lorsque celles-ci ne sont pas acceptées par le créancier. Une autre partie de la doctrine estime que l'existence de l'obligation et ses limites reposent sur la confiance du créancier<sup>138</sup>. Suivant cette conception, les clauses de non-responsabilité, pour être admises, devraient être conformes aux attentes du créancier dont l'appréciation fait une part belle à la volonté du créancier. En d'autres termes, si le créancier ne s'attendait pas légitimement à ce que les clauses soient insérées dans l'engagement, ces dernières devraient être considérées comme invalides. Pour

---

<sup>135</sup> C. CAUFFMAN, « La promesse unilatérale : source d'obligations en droit privé européen », in C. CAUFFMAN, J. DE CONINCK et N. VAN LEUVEN (dir.), *Droit des contrats : questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2008, n°98, p. 65.

<sup>136</sup> L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Dalloz, 1994, n°3, p. 20 ; d'autres mettent en avant la parole donnée, voy. en ce sens, M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », in *Mélanges offerts à P. VAN OMMESLAGHE*, Bruxelles, Bruylant, n° 18, pp. 36-37 ; D. LLUELLES, « L'engagement par déclaration unilatérale de volonté : l'état du droit au Québec, à travers le prisme du droit comparé » (2011) 45 R.J.T. 211, pp. 260-261 ; P. WERY, *Droit des obligations*, Vol. 2, Larcier, Bruxelles, 2016, n° 51, p. 61.

<sup>137</sup> J. FLOUR, J-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t3. *Le rapport d'obligation*, op. cit., n°237, p. 239.

<sup>138</sup> X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1994, n°43 et s., p. 102 et s. ; A. SERIAUX, *Droit des obligations*, Paris, PUF, 1998, n°8, p. 30.

d'autres auteurs<sup>139</sup>, la force obligatoire de l'engagement tire sa source à la fois de la volonté du débiteur et des attentes du créancier. Une telle conception signifierait que les clauses de non-responsabilité doivent, pour produire effet, être non seulement voulues par le débiteur de l'engagement unilatéral mais aussi conformes aux attentes légitimes du créancier.

**53.** La structure de l'engagement unilatéral de volonté laisse penser que la force obligatoire de ce dernier ne peut reposer que sur la promesse du débiteur. Il est utile, à cet égard, de rappeler qu'il s'agit d'un acte juridique qui se forme sans le concours d'une autre volonté et qui crée unilatéralement des obligations ; il se peut même que lors de sa naissance, le créancier n'en soit pas informé. En ce cas, comment serait-il possible de prendre en compte ses attentes légitimes pour déterminer la portée de l'obligation ? Si le débiteur de l'engagement exprime sa volonté de s'obliger envers un créancier déterminé et stipule des clauses de non-responsabilité qui affectent certaines obligations, l'attente de créancier ne pourra pas être prise en compte. Ce dernier doit prendre l'engagement comme tel ou renoncer à celui-ci. Il conviendrait dès lors d'admettre que le débiteur puisse fixer le contenu et l'étendue de son obligation et lui assigner des limites. Comme l'a affirmé judicieusement C. CAUFFMAN, « quand une personne est libre de s'engager ou non sur la base d'une promesse unilatérale et de déterminer les limites concrètes de son engagement, il faut l'autoriser à limiter ou à exclure (dans certaines limites) sa responsabilité résultant de la mauvaise exécution de sa promesse ou de l'inexécution de celle-ci. »<sup>140</sup> Décider d'une solution contraire contreviendrait à la liberté de s'engager qui est essentielle à l'existence de tout engagement.

**54.** Subordonner l'admission des clauses de non-responsabilité à la seule volonté du débiteur contrevient cependant aux intérêts du créancier, bénéficiaire de l'engagement unilatéral. En rapport avec la défense de l'intérêt du créancier, on a, par ailleurs, fait valoir que l'engagement unilatéral de volonté serait inutile si les clauses de non-responsabilité étaient déclarées valables, car il ne crée souvent qu'un droit ou une obligation. L'insertion d'une clause exonératoire de responsabilité en cas d'inexécution enlèverait un sens à un tel engagement et priverait ainsi le créancier du bénéfice attendu de celui-ci<sup>141</sup>. L'argument est apparemment logique. A quoi bon prendre un engagement au bénéfice d'une personne si son inexécution ne peut être sanctionnée ? A rebours de ce raisonnement, il importe de faire remarquer qu'un engagement unilatéral de volonté peut générer plusieurs obligations, en sorte que des clauses de non-responsabilité sont susceptibles d'affecter certaines d'entre elles, en laissant intactes les autres. Certes, l'objection demeure entière lorsque l'engagement unilatéral de volonté ne comporte qu'une seule obligation. Cependant, se fonder sur cette dernière hypothèse, pour fulminer une interdiction générale des clauses de non-responsabilité serait excessive et inadaptée dans le cas où la clause frappe seulement une partie des obligations créées par l'engagement. Faudrait-il

---

<sup>139</sup> C. CRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, recherches sur les sources de l'obligation*, Paris, Defrenois, 2007, n°1122 et s., p. 534 et s. C. CAUFFMAN, « La promesse unilatérale : source d'obligations en droit européen ? », in *Droit des contrats : questions choisies, Contrats et Patrimoine*, Bruxelles, Larcier, 2008, n°s 53-54 et s., pp. 38-39

<sup>140</sup> *Op. cit.*, n°68, pp. 65-66.

<sup>141</sup> Solution initiée par le célèbre arrêt Chronopost, Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 1996, D. 1997, 121, note A. Sériaux, J.C.P. 1997, II, 22881, note D. Cohen, I. 4002, n°1, note M. Fabre-Magnan, I. 4025, n°177, obs. G. Viney, RDTciv. 1997, 418, obs. J. Mestre ; Grands arrêts, t.2, n°157.

alors distinguer, pour admettre la validité de telles clauses, suivant que l'engagement comporte une seule obligation ou qu'il crée plusieurs obligations ? Une telle distinction n'emporte pas la conviction. Même dans l'hypothèse où l'engagement unilatéral contient plusieurs obligations, il n'est pas sûr que son utilité soit conservée lorsque la clause de non-responsabilité vise une ou plusieurs obligations essentielles.

**55.** Pour résoudre le problème posé, il nous semble que le recours au mécanisme de l'obligation essentielle ou fondamentale adopté en matière contractuelle par la jurisprudence française<sup>142</sup> et, plus récemment, par le législateur français<sup>143</sup>, est le moyen le plus approprié pour encadrer l'insertion des clauses dans l'engagement unilatéral. L'idée générale qui ressort de ce mécanisme est que la clause de non-responsabilité ou limitative doit être écartée quand l'inexécution porte sur une obligation essentielle, c'est-à-dire une « obligation en l'absence de laquelle le contrat ne peut déployer son utilité fondamentale »<sup>144</sup>. En application de ce mécanisme, la clause de non-responsabilité insérée dans l'engagement unilatéral sera considérée comme non écrite lorsqu'elle porte une obligation essentielle. En pratique, il devrait en être ainsi dans l'hypothèse où l'engagement unilatéral ne comporte qu'une seule obligation, celle-ci étant essentielle par la force des choses. Si l'engagement contient plusieurs obligations, il y a lieu de chercher à savoir si l'obligation sur laquelle porte ladite clause n'est pas essentielle. La tâche de l'interprète sera, ici, beaucoup plus ardue, puisqu'il n'existe pas, contrairement aux figures nommées du droit des contrats, de modèles d'engagements nommés. De même, il conviendrait d'écarter le jeu des clauses de non-responsabilité en cas de dol ou de faute lourde dans l'exécution des obligations découlant de l'engagement unilatéral de volonté. Comme en matière contractuelle, c'est la gravité de ces fautes qui justifie une telle solution : le débiteur en les commentant se met hors du cadre volontaire de son engagement et se trouve dans le délit ou le quasi-délit.

**56.** L'admission de la clause de non-responsabilité en matière d'engagement unilatéral étant acquise, il reste à se demander si elle peut être sanctionnée au titre des clauses abusives. Il est difficile de répondre par l'affirmative. Les clauses abusives, définies comme celles résultant d'un abus de puissance économique du professionnel et conférant un avantage excessif à ce dernier<sup>145</sup> ou, plus significativement, qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat<sup>146</sup> supposent une réciprocité des droits et des obligations. Or,

---

<sup>142</sup> Civ. (fr), 1<sup>ère</sup>, 22 oct. 1996, D. 1997, 121, note A SERIAUX (arrêt Chronopost) ; JCP 1997, I., 4002, n°1, obs. M. FABRE-MAGNAN ; RTDciv. 1997, p. 418 et s., obs. J. MESTRE ; Com. (fr.), 13 févr. 2007, Bull. civ., I, n°43.

<sup>143</sup> Article 1170 code civil, « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

<sup>144</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13<sup>e</sup> éd., 2018, voy. Essentiel, p. 413.

<sup>145</sup> En ce sens, l'article 54 de la loi n°016-2017/AN du 27 avril 2017 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso : « Dans les contrats de vente ou de prestation de service conclus d'une part entre professionnels et non-professionnels et d'autre part entre professionnels et consommateurs, les clauses tendant à imposer au non professionnel ou au consommateur un abus de la puissance économique de l'autre partie et à lui conférer un avantage excessif sont interdites ou réglementées... ». Il cite au titre de ces clauses, celles portant sur l'étendue de la responsabilité et les garanties.

<sup>146</sup> En ce sens l'article 1171 du Code civil français ou article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

il n'en est rien de cela lorsqu'il s'agit d'un engagement unilatéral de volonté. Son unilatéralisme lui fait échapper à l'emprise des clauses abusives.

**57.** En somme, il y a lieu de convenir que le caractère unilatéral de l'engagement n'est pas incompatible les clauses de non-responsabilité. Pour éviter les abus à craindre du fait de l'unilatéralisme, le recours à la technique de l'obligation essentielle. Tout comme la clause de non-responsabilité, l'exigence de prévisibilité peut s'accommoder avec l'unilatéralisme de de l'engagement unilatéral.

## **B. L'exigence opportune de la prévisibilité du dommage en matière d'engagement unilatéral**

**58.** Qu'elle soit contractuelle ou extracontractuelle, la responsabilité ne peut être engagée que si le préjudice est direct et certain. Il n'y a pas de raison particulière qui justifie que la responsabilité du fait de l'engagement unilatéral de volonté échappe à ces exigences. On peut, en revanche s'interroger sur la question de savoir si la prévisibilité du préjudice est une condition de cette dernière. Une réponse affirmative nous paraît devoir s'imposer. L'exigence de la prévisibilité du préjudice est bien applicable en matière d'engagement unilatéral de volonté (1), même si l'appréciation de ce préjudice présente une nuance tenant à la structure de ce dernier (2).

### *1) L'admission du principe de la prévisibilité du dommage*

**59.** Traditionnellement considérée comme propre à la responsabilité contractuelle, cette condition est prévue, dans les Etats africains parties au Traité de l'OHADA où le Code civil napoléonien est toujours applicable, par l'article 1150 dudit code qui dispose que « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée. »

On sait que pour une bonne partie de la doctrine, « la limitation du dommage réparable au préjudice prévisible (ou immédiat et direct) trouve son origine dans la notion même du contrat et plus particulièrement dans la volonté commune des parties »<sup>147</sup>. Ainsi, tout comme le contrat est la mesure du contenu des obligations, il est l'aune du préjudice. Dès lors, « le débiteur ne peut être engagé au-delà de la substance de l'obligation issue du contrat »<sup>148</sup>. En partant de ce postulat, il est soutenu que « (...) le caractère prévisible du dommage ne peut être déterminé du seul point de vue du débiteur ou du seul point de vue d'un débiteur normalement prudent et raisonnable »<sup>149</sup>. De ces développements, il résulte que l'exigence du caractère prévisible ne se justifie pas dans la responsabilité pour engagement unilatéral de volonté puisque, lors de la formation de celui-ci, il n'y a qu'une seule volonté, celle du débiteur. Par suite, celui-ci pourrait être tenu à la réparation du préjudice imprévisible à l'image de la responsabilité extracontractuelle.

---

<sup>147</sup> L. CORNELIS, « Le sort imprévisible du dommage prévisible », RCJB, 1990, 1-6, n°18, p. 98.

<sup>148</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, Les obligations, le rapport d'obligation, t.3, n°230, p. 232.

<sup>149</sup> L. CORNELIS, *op. cit.*, n°20, p. 100.

**60.** Une telle lecture est loin d'être convaincante. Si le caractère exigible du préjudice est, en effet, rattaché à la volonté commune du contrat, c'est naturellement parce que le contrat est le concert de plusieurs volontés, en sorte que l'appréciation de la prévisibilité doit s'effectuer en prenant en compte chaque volonté participante. Ainsi, ce qui fonde l'exigence de prévisibilité du dommage est moins le caractère contractuel de l'acte que son caractère volontaire. C'est l'idée qu'une personne ne peut être engagée au-delà de ce qu'elle a voulu. De ce point de vue, le lien qui est fait entre le contenu du contrat et le caractère prévisible est assez révélateur de cette conception. Si le préjudice doit se limiter au contenu du contrat, c'est parce que ce dernier a été voulu par les parties. Or, sur ce point, l'engagement unilatéral de volonté partagée avec le contrat la même essence, en l'occurrence leur caractère volontaire. Partant de cette identité de fondement, X. DIEUX juge qu'« il est légitime d'appliquer aux [engagements unilatéraux] les règles semblables à celles qui gouvernent la responsabilité contractuelle dans la mesure où elles ne sont que la traduction concrète de ce fondement commun. Tel est le cas en particulier de la règle selon laquelle la réparation du dommage contractuel se limite au dommage prévisible, au sens de l'article 1150 du Code civil »<sup>150</sup>. Il convient dès lors de considérer la prévisibilité comme une condition de la responsabilité pour engagement unilatéral. Reste que son appréciation est influencée quelque peu par l'unilatéralisme de l'engagement.

## **2) L'appréciation nuancée de la prévisibilité du préjudice**

**61.** L'admission de l'exigence de la prévisibilité en matière d'engagement unilatéral ne clôt pas pour autant le débat. Dans la mesure où l'engagement unilatéral de volonté se forme par la seule volonté du débiteur, sans le concours de celle du créancier, la question se pose de savoir si l'exigibilité est appréciée du point de vue du débiteur ou de celui de créancier. En d'autres termes, le préjudice doit-il être exigible selon l'attente du créancier de l'engagement ou selon la volonté du débiteur ? Il convient de savoir que même en matière contractuelle la solution à ce problème est loin de faire l'unanimité. Bien évidemment, il est généralement enseigné que ce caractère exigible est jugé au regard de la volonté commune des deux parties, ce qui est parfaitement conforme à la nature bilatérale de la formation du contrat. Cependant, certains auteurs soutiennent ce caractère prévisible est interprété à l'aune de la confiance du créancier<sup>151</sup> alors que d'autres auteurs le lie à la volonté du débiteur<sup>152</sup>. En matière d'engagement unilatéral de volonté, la résolution de la question posée mobilise également les explications qui fondent

---

<sup>150</sup> X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles-Bruylant, Paris-LGDJ, 1995, n°43, p. 102.

<sup>151</sup> X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles-Bruylant, Paris-LGDJ, 1995, qui affirme que : « Ceux dans le chef desquels une expectative a été créée par une déclaration de volonté unilatérale sont en droit d'exiger de l'auteur de celle-ci qu'il y réserve la suite annoncée » (n°43, p. 102) ; Ph. LE TOURNEAU et alii, *op. cit.*, n°010-15, qui observent d'une part que « s'il existe une différence entre l'attente légitime de l'une des parties et ce qu'elle a reçu, c'est cette différence qu'elle demandera, l'équivalent de l'avantage escompté du contrat », p. 19, d'autre part que « Les dommages et intérêts tentent à la satisfaction des attentes du créancier légitime du créancier ».

<sup>152</sup> J. FLOUR, J-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, le rapport d'obligation*, t3, n°230, p. 232. Selon ces auteurs, la prévisibilité est « ce que le débiteur a dû prévoir » ; F. TERRE et alii, *op. cit.*, n°832, pp. 891-892, qui soutiennent à propos de l'article 1150 que « il faut que celui qui s'engage puisse savoir à quoi il s'expose éventuellement si, dans l'exécution du contrat, il cause un dommage au créancier » ; M. FABRE-MAGAN, *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021, n°1082, p. 839 qui relève que : « selon l'interprétation qu'en donne la Cour de cassation, le débiteur n'est condamné à réparer que les dommages qu'il a pu prévoir au moment où il s'est engagé ».

son caractère obligatoire. Ainsi, suivant que l'on fonde l'engagement unilatéral sur la volonté du débiteur ou sur l'attente ou sur à la fois la volonté du débiteur et la confiance du créancier, la prévisibilité s'appréciera respectivement dans la volonté du débiteur, dans la confiance du créancier ou dans la volonté-confiance.

**62.** Fonder la prévisibilité sur la confiance de l'engagement reviendrait à admettre que cette condition ne sera pas appréciée lors de la formation de l'engagement comme en matière contractuelle, mais pendant son exécution. En effet, au moment où le débiteur s'engage, le créancier n'est pas présent ; l'attente du créancier naît postérieurement à la naissance de cet engagement. C. GRIMALDI soutient cependant que « l'engagement librement consenti n'obligera que s'il a été porté à la connaissance de son destinataire, suscitant chez ce dernier une confiance légitime »<sup>153</sup>. Cette solution nous semble cependant contestable. C'est oublier que certains engagements unilatéraux existent et produisent leur effet sans que le créancier n'en soit informé. Il en va ainsi de la promesse de récompense généralement présentée comme un exemple typique de l'engagement unilatéral de volonté. Celui qui ramène l'objet perdu, alors qu'il n'était pas au courant de l'existence de la récompense, peut parfaitement réclamer cette dernière. En outre, indexer la prévisibilité sur la confiance du créancier reviendrait à faire supporter au débiteur un préjudice imprévisible.

**63.** A notre entendement, dès lors qu'on admet que la prévisibilité s'apprécie, comme en matière contractuelle, au moment de la naissance de l'obligation, elle ne peut être déterminée dans l'engagement unilatéral qu'au regard de la volonté du débiteur. Il faut insister ici sur le fait que celui-ci est créé par la seule volonté du débiteur, sans le consentement du créancier et parfois même à l'insu de ce dernier. Dès lors, la prévisibilité du dommage ne peut que reposer sur la volonté du débiteur puisque seule celle-ci existe au moment de la naissance de l'engagement. C'est là que se trouve la différence avec la responsabilité contractuelle dans laquelle la prévisibilité s'apprécie sur la base de la commune intention des parties contractantes, laquelle doit exister dès la formation du contrat.

## Conclusion

**64.** De plus en plus reconnu comme une source générale des obligations, l'engagement unilatéral de volonté est naturellement questionné sur son régime de responsabilité. Des développements qui précèdent, on retient que son inexécution engage la responsabilité du débiteur. Quant à la nature de cette responsabilité, il apparaît que, dans la mesure où il forme une famille avec le contrat, celle des actes juridiques, celle-ci ressortit à la catégorie de la responsabilité contractuelle. La présente étude a, au demeurant, montré que les conditions qui particularisent la responsabilité contractuelle peuvent s'appliquer à la responsabilité du fait de l'engagement unilatéral de volonté. Ainsi, la mise en demeure, les clauses équivoques de responsabilité et la prévisibilité du préjudice, qui sont des conditions propres à la responsabilité contractuelle, trouvent à s'appliquer dans la mise en œuvre de la responsabilité du fait de l'engagement unilatéral. Cette analogie du régime tient logiquement au fait que le contrat et l'engagement unilatéral ont en commun d'être des actes volontaires, c'est-à-dire des actes dont

---

<sup>153</sup> *op. cit.*, n° 1127, p. 536.

les effets sont voulus par leurs auteurs. L'on a pu ainsi observer que c'est la volonté, plus que le caractère contractuel ou unilatéral de l'acte, qui justifie l'application de ces conditions particulières de la responsabilité. Si les conditions de la responsabilité contractuelle s'appliquent adéquatement à la responsabilité pour engagement unilatéral, il serait maladroit de nommer cette dernière de responsabilité de contractuelle. De par sa structure, l'engagement unilatéral de volonté, acte unilatéral, est différent du contrat, acte bilatéral. On devrait simplement parler de responsabilité régie par les règles de la responsabilité contractuelle. En réalité, l'admission de la responsabilité pour engagement unilatéral suppose une autre présentation de la responsabilité civile des actes juridiques. Pour marquer le coup, il serait indiqué de parler de responsabilité « volontaire » qui engloberait ainsi la responsabilité contractuelle et la responsabilité du fait de l'engagement unilatéral. Une autre présentation de la responsabilité civile du fait de l'acte juridique est donc à construire.