

REQUALIFICATION ET FINANCEMENTS BANCAIRES

ASPECTS DE DROIT FRANÇAIS ET ANGLAIS



FRANCK JULIEN

Docteur en droit
BNP Paribas
Affaires juridiques
Energy
Commodities
Export Project

Cause de frustrations, facteur de déstabilisation, la requalification place les parties et le juriste face à l'incertitude, au doute. Le juge ne paraît pas épargné. Dans ce domaine, son ministère, encadré par les règles de procédure civile, est balisé par les simples suggestions du Code civil. Indications révélant au demeurant leurs limites lorsqu'un ensemble contractuel, et non un simple contrat, est sujet à reconsidération.

Être ou ne pas être, telle est la question. Qualifier c'est, en effet, reconnaître, distinguer, en vue de « rapporter un élément individuel à une catégorie abstraite prise parmi d'autres ; juger signifie convoquer les règles attachées à la catégorie retenue et les appliquer à l'espèce »¹. Il s'agit donc, tout d'abord, d'interpréter l'élément individuel, soit en raison d'une pensée exprimée de manière imparfaite, soit en raison d'imperfections dans la pensée elle-même. La conception romaine privilégie une interprétation selon la lettre² et l'esprit³, et conduit au constat que l'interprétation repose sur une dualité fondamentale : elle est découverte du sens de l'objet interprété, sens correspondant à la pensée de son auteur. Elle est construction d'un sens que l'interprète juge conforme aux besoins et intérêts que le droit a pour fonction de satisfaire⁴.

La question est d'importance. Car la requalification d'un acte ou d'une opération par le juge, lorsqu'elle n'est pas

commandée par un souci de sanction d'un comportement attentatoire à l'ordre public⁵, est facteur de frustration pour les parties. Elle est négation d'une construction contractuelle élaborée, issue d'un travail de réflexion, consommateur de temps et de ressources. La requalification bafoue la compétence des parties, réintroduit le désordre là où un accord fut âprement négocié, anéantit les espoirs d'édification d'un courant d'affaires. Ceci est d'autant plus douloureusement accueilli que la tendance fut, en fin des années quatre-vingt-dix, à un sensible recul du domaine de l'ordre public de direction, d'où un regain corrélatif attendu de la liberté contractuelle⁶, terreau de l'autonomie de la volonté.⁷ La requalification est porteuse également d'insécurité juridique, en empêchant une bonne prévisibilité, permise par la maîtrise de l'environnement juridique. Le risque réside dans une remise en cause de « l'agencement méthodiquement réalisé par la jurisprudence »⁸.

La sanction est à ce point vexante que le droit reconnaît parfois, et expressément, ses propres limites lorsqu'il s'agit de désigner une figure contractuelle innovante. C'est le Code civil lui-même qui l'admet, dans son article 1107⁹, en reprenant la distinction, héritée du droit romain, des contrats nommés et innommés, les derniers n'étant pas privés d'existence, ni même de rayonnement juridique¹⁰.

1. M. E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, éd. Economica, p. 3, n° 3. « Dès lors que l'application d'un régime juridique spécifique est suspendue à l'appartenance à une catégorie déterminée, l'opération juridique de qualification se révèle incontournable. Elle consiste, le plus souvent, à appliquer à un contrat donné les critères prédéfinis par les textes qui établissent, par ailleurs, le régime juridique idoine. Prévaut, dans cette démarche mécanique, la mise en oeuvre objective de données juridiques. » : S. Braconnier, « Les limites de l'opération de qualification des contrats administratifs », AJDA, 13 nov. 2006, p. 2099.
2. Elle consiste alors en une mise en évidence du contenu de la pensée véhiculée par le texte.
3. L'objectif est ici d'élaborer des solutions conformes aux finalités du droit.
4. Y. Paclot, « Recherche sur l'interprétation juridique », thèse, Paris II, 1988, n° 242 et s.

5. Art. 6 du Code civil : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Encore faut-il que le législateur français soit toujours maître de la définition et de la conception de l'ordre public interne : voir « L'Union européenne, la démocratie et l'Etat de droit : lettre ouverte au Président de la République », JCP éd. G., n° 50, 13 déc. 2006, p. 2313 et s.
6. « Plus généralement, le renouveau de la liberté contractuelle facilite la création de nouveaux contrats commerciaux et évite opportunément certaines délocalisations d'intérêts à l'étranger » : voir J. Mestre, « L'ordre public – journées libanaises », Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Tome XLIX, 1998, LGDJ, p. 133.
7. En veut-on pour illustrations : la dépénalisation de l'usure dans les financements aux personnes morales exerçant une activité professionnelle, afin de lutter contre la délocalisation des opérations de financements, incluant des tranches de financement obligataire à haut rendement pour les porteurs de titres ; l'adoption de la loi du 19 février 2007 instituant la fiducie en France, afin d'introduire dans le système juridique certains avantages offerts par des législations de pays voisins ayant recours au trust.
8. S. Braconnier, art. préc., AJDA, 13 nov. 2006, p. 2099.
9. Art. 1107 du Code civil : « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre. »
10. Voir D. Grillet-Ponton, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière

Un rapprochement du contrat innommé avec une catégorie juridique reconnue pourra être tenté, en vue d'une application du régime juridique adéquat. En cas d'échec, ledit contrat, bien que qualifié *sui generis*, n'en demeurera pas moins pleinement valide et opposable¹¹.

Par ailleurs, si la requalification est en principe entreprise dans un souci de rigueur et de pertinence juridiques, il est des cas où cette intention fait défaut, révélant de fâcheux travers juridictionnels. Ainsi, lorsque la Cour de cassation disqualifie en garantie autonome des cautionnements, « à seule fin d'écartier un effet indésirable de cette qualification, à savoir l'extinction pour défaut de déclaration »¹² lorsque le débiteur de la créance garantie fait l'objet d'une procédure collective d'insolvabilité¹³. Dans d'autres circonstances, la nature juridique de cautionnement a été exclue, de façon arbitraire, à la seule fin de justifier le refus d'appliquer l'ancien article 98 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales¹⁴. C'est aussi la requalification d'une prestation en contrat de transport qui peut être recherchée, en vue du jeu de la présomption de responsabilité des transporteurs, puis d'une action en réparation des dommages.

À bien y regarder, toutefois, les exemples d'une requalification fondée sont nombreux¹⁵, et touchent des domaines variés du droit. Un contrat d'assurance vie est, par exemple, sujet à requalification en donation lorsque les circonstances ayant entouré sa signature révèlent l'intention libérale du souscripteur : la décision permet alors le recouvrement de la créance d'aide sociale à l'encontre du bénéficiaire acceptant. Mais la tâche est ardue. Dans le domaine bancaire, les hésitations sont multiples, lorsqu'il s'agit de désigner précisément les situations ou accords. La nature juridique du contrat de coffre-fort a pu conduire les auteurs à balancer entre la « location de choses » ou, de façon contestée, le « dépôt ». S'agissant des financements bancaires syndiqués, la qualification de la convention de « sous-participation » a suscité bien des discussions, le rapprochement avec des formes juridiques existantes se révélant délicat, voire impossible¹⁶. Le juge administratif n'échappe pas

aux affres de la qualification, car « la technique juridique exige, parce que la sécurité juridique le commande, un effort permanent de qualification des contrats spéciaux, surtout lorsque des formes de contrats, proches par leur objet, se multiplient »¹⁷.

Le droit anglais des sûretés rend nécessaire une claire distinction entre sûreté (*security*) et quasi sûreté (*quasi-security*)¹⁸). Cette dernière a vocation à remplir la fonction d'une sûreté classique, mais elle ne confère pas au créancier une véritable sûreté en tant que telle car elle n'emporte pas l'octroi par le constituant (le débiteur ou un tiers) de droits sur un actif, opposables *erga omnes*. Cependant, une partie peut trouver avantage à se prévaloir d'une *quasi-security*. Celle-ci permet en effet d'éviter les formalités de l'enregistrement prévues par le *Companies Act 1985*, souplesse appréciée dans les financements adossés à des portefeuilles de créances, ou concernant les marchés de capitaux, pour lesquels il importe de réagir et de conclure rapidement, sans lourdeur administrative¹⁹. Une *quasi-security* permet aussi au créancier, par opposition à une sûreté, de conserver l'éventuel surplus financier issu de la vente de l'actif grevé, lors de la survenance d'une défaillance du débiteur principal, ou de la réalisation d'une condition contractuelle. En présence d'un *security interest*, ledit surplus devrait être restitué au constituant de la garantie, et ce trait distinctif constitue un indice permettant de requalifier une *quasi-security* en *security-interest*. De plus, se prévaloir d'une *quasi-security* permet d'échapper à la relative incertitude entourant le régime juridique d'une charge même si des décisions ont précisé la ligne de démarcation entre *floating charge* et *fixed charge*²⁰. Enfin, alors qu'une partie des sommes provenant de la réalisation d'une *floating charge* est affectée au désintéressement des créanciers chirographaires²¹, cette contrainte ne pèse pas sur le créancier opposant une *quasi-security*.

Lorsqu'un ordre de considération supérieur le commande, les juristes et les acteurs économiques savent se mobiliser afin de procurer la prévisibilité juridique nécessaire aux courants d'affaires, nationaux ou internationaux. Assez logiquement, le monde de la finance a rapidement manifesté un besoin de sécurité juridique, et donc de qualification des actes, dans le domaine particulier des garanties internationales²². C'est ainsi que la CCI²³ et la CNUDCI²⁴ ont progressivement élaboré des règles uniformes, des modèles de garantie, complé-

contractuelle », *Dall.* 2000, n° 21, *Chron.*, p. 331 et s : la théorie de l'innommé « a notamment été introduite en matière contractuelle afin de remédier à l'embaras de qualification qu'entraîne le débordement des types nommés par de nouvelles techniques ».

11. Voir J. Carbonnier, *Droit Civil, 4/ les obligations*, PUF, n° 20.

12. Voir P. Simler, *op. cit.*, n° 895, citant : *Cass. Ass. Plén.* 4 juin 1999, *JCP éd. G.*, 1999, II, 10152 – *RTDCiv.*, 1999, p. 665, obs. P. Crocq.

13. L'absence de déclaration de la créance autorisait en effet la caution à se prévaloir de l'exception tirée de l'extinction de ladite créance pour se délier de son engagement. La situation serait actuellement différente sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, le défaut de déclaration de la créance n'emportant plus son extinction.

14. Cet article imposait en effet de soumettre pour autorisation au conseil d'administration de la société garante les « cautions, avals et garanties » : *CA Paris*, 18 déc. 1992, *JCP 1993 éd. G.*, I, 3717, n° 10. Voir aussi *CA Paris*, 20 mars 1992, *JCP éd. Ets.*, 1992, pan. 898 – *Dall.* 1993, somm. P. 96, obs. M. Vasseur : en l'espèce, l'engagement fut qualifié de cautionnement solidaire de bonne fin, mais avec engagement de paiement à 1ère demande, sans possibilité de moratoire ou de contestation. *CA Chambéry*, 21 mars 1995, *JurisData* n° 1995-041031, ayant décidé que la qualification de garantie qui lui était soumise était « impossible », mais qu'elle importait peu, le garant étant tenu dans les deux hypothèses, cautionnement ou garantie autonome.

15. Voir J. Normand, « Principes directeurs du procès », *Jurisc. Proc. Civile*, Fasc. 152, 9, 1995, n° 54, p. 11.

16. Bien des auteurs ont proposé d'y voir tantôt une opération de réassurance, un cautionnement, une société en participation, un mandat d'intérêt commun, une convention de croupier, pour finalement conclure à l'existence d'une convention « *sui generis* » : voir E. Bouretz, « Crédits syndiqués ; sous-participation », *Jurisc.*

Banque, Crédit, Bourse, Fasc. 506, 2004, n° 72 et s.

17. S. Braconnier, *art. préc.*, p. 2100.

18. Ce type d'engagement contractuel prend usuellement la forme d'une clause de réserve de propriété (*retention of title clause*) ou de vente sous condition (*conditional sale*), ces mécanismes étant parfois désignés dans les les contrats de crédit syndiqué : « *Encumbrance means any mortgage, pledge, lien, charge, assignment, hypothecation or other encumbrance or any other agreement or any arrangement having the effect of conferring security* », en liaison avec la clause suivante : « *the Company shall not, and shall not agree to, create or permit to subsist any Encumbrance upon or with respect to any of its assets.* »

19. Voir R. Hooley, « *Allen & Overy LLP Firm-Wide Seminar, Recharacterisation* », 16 déc. 2005. « *The Companies Act 2006* », qui devrait entrer en vigueur en octobre 2008, n'apportera en principe aucun changement sur ces points.

20. « *Agnew v Commissioner of Inland Revenue* » [2001] 2 AC 710 – « *National Westminster Bank Plc v Spectrum Plus Ltd* » UKHL 41, [2005] 4 All ER 209. Egalement : « *The Russel Cooke Trust Company Limited v Elliot* » [2007] EWHC 1143 (Ch).

21. *Insolvency Act 1986*, Section 176A.

22. G. Affaki, « L'unification internationale du droit des garanties indépendantes », thèse, Paris II, 1995.

23. *Chambre de commerce internationale*.

24. *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*.

tés par des formules normalisées²⁵. Le droit interne y a vu de précieuses sources d'inspiration lorsqu'il s'est agi de distinguer, par voie de qualification, une garantie autonome d'un cautionnement²⁶. Le sujet de la qualification paraît donc susciter assez de débats pour inviter à la considération des démarches retenues en vue d'opérer une requalification (I), puis de certaines décisions rendues (II), tant en droit interne qu'en droit anglais.

I. LES DÉMARCHES RETENUES

Qualifier ou requalifier, c'est d'abord interpréter. La requalification, ou la reformulation d'une qualification initiale non maîtrisée, fait peser sur son auteur une obligation de double perspicacité : quant à la révélation de l'intention véritable des parties, orale ou écrite, puis quant au choix de l'appellation de la figure juridique concernée. Cette contrainte à double détente, porteuse d'une responsabilité élargie, requiert donc l'entreprise préalable d'un travail d'interprétation (A), dont la justesse trouve son expression dans la qualification (B).

A. L'interprétation

1. Droit français

L'interprétation de l'acte juridique s'impose comme préalable à la requalification, afin de permettre soit d'élucider le sens du contrat, soit d'en combler les lacunes. L'interprétation « déclarative »²⁷ a ainsi pour objet de mettre à jour la commune intention des parties, en découvrant une volonté cachée, qui ne transparaît pas à la lecture du contrat. Le juge se fonde alors sur les éléments intrinsèques ou extrinsèques au support. L'interprétation est dite « constructive »²⁸ lorsque le différend opposant les parties ne relève pas du cadre prévu lors de l'élaboration du contrat²⁹. L'article 1156 du Code civil est alors inutile, et l'opération d'interprétation consiste à construire le contenu de la convention, « à dire le juste et le raisonnable étant donné la situation créée »³⁰.

Les décisions rendues révèlent, en pratique, des techniques d'interprétation combinant ces deux propositions, l'objectif étant d'appréhender au plus juste ce qui a été recherché et exprimé. Issu d'un consensus des parties, le contenu du contrat doit logiquement s'éclairer à la lumière des objectifs recherchés puis des démarches accomplies. Mais les rédacteurs du Code civil ont immédiatement perçu que la diversité des cas d'espèce interdit d'enfermer le juge dans le choix de règles imposées. Le législateur se propose donc

de l'assister par « quelques directives auxiliaires qui figurent aux articles 1157 à 1164 »³¹ du Code civil, sans que celui-ci soit lié par elles. Ces articles³² donnent donc « au juge des conseils de bon sens pour essayer d'approcher la volonté des contractants »³³. D'autres procédés d'interprétation objective, non listés par le Code civil, peuvent valablement être utilisés. Fort de cette aisance, le juge est libre de transposer la directive de l'article 1161, réduite au contrat, à l'échelle d'une opération complexe, associant plusieurs accords, dont les uns éclairent les autres, et leur donnent toute justification et utilité dans le schéma élaboré. Tel sera le cas en particulier des opérations de financements bancaires structurés où la satisfaction des demandes des emprunteurs et le souci de protection des intérêts des prêteurs commandent la conception de montages combinant actes de sûreté, accords de financement et, le cas échéant, promesses de contrats. Leur mode opératoire, souvent distinct, parfois décalé dans le temps, ne sert qu'une opération globale. Interpréter, de façon cloisonnée, un contrat sélectionné dans cet ensemble, ne paraît donc pas concevable au regard de ce qui précède³⁴. Ce pragmatisme dans l'interprétation se vérifie également en droit anglais.

2. Droit anglais

Le terme « construction » renvoie au processus par lequel une juridiction détermine la signification et l'effet juridiques d'un contrat³⁵. L'objectif poursuivi est la découverte de l'intention des parties, et, fait notable, les règles régissant la « construction » sont identiques, en vertu de la loi ou in equity. Le travail de détermination de la volonté réelle des parties doit être conduit de façon objective³⁶, la finalité étant de conférer aux stipulations contractuelles le sens qui leur serait attribué par un individu ordinaire détenant une connaissance du contexte similaire à celle des parties au moment de la signature.

Le juge se livre à un travail d'investigation, par voie d'interprétation, de la substance réelle de l'opération, au-delà de la dénomination que les parties lui ont conférée. Cette tâche suppose l'analyse d'éléments extérieurs (*external route*), et, conséquemment, la mise à l'écart du contrat comme base d'interprétation (*internal route*)³⁷. La recherche de la substance de l'opération doit ainsi conduire à analyser le « dispositif opératoire » du contrat (*operative parts of the document*). Exercice parfois délicat quand il faut trancher le

25. Voir P. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 3^e édit., n° 869 et s.

26. La tentation de disqualifier systématiquement une garantie autonome en cautionnement n'est pas nécessairement favorable aux garants professionnels, qui se trouvent alors impliqués dans des rapports juridiques auxquels ils entendent parfois rester étrangers : voir A. Prum, *Les garanties à première demande – essai sur l'autonomie*, éd. Litec, n° 103. L'article 2321 du Code civil contient désormais une définition de la garantie autonome.

27. On parle aussi d'interprétation explicative.

28. Interprétation dite aussi créatrice. Voir F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit Civil, les Obligations*, 7^e édit., n° 418, p. 410 et s. - Y. Paclot, « Recherche sur l'interprétation juridique », thèse Paris II, 1988, p. 225 et s.

29. Y. Paclot, *op. cit.*, n° 282. et s.

30. H. Batiffol, « La vie du contrat et sa portée », A.P.D. 1968, p. 17.

31. voir Voir F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 425.

32. Ainsi, l'art. 1161 : « toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par rapport aux autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier ».

33. Voir F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 426.

34. Ainsi en est-il des opérations de financement d'actifs associant le financement de la construction puis de l'acquisition de l'actif, en vue de sa location financière au preneur, dans la perspective de lui en transférer ultimement la propriété. Ce dernier aspect peut conduire les parties à négocier des promesses réciproques de vente et d'achat, dont le jeu et la lecture sont indissociables de l'opération globale de financement dans laquelle elles s'insèrent.

35. Voir Chitty *on contracts*, 29^e édition, vol. 1, General principles, London Sweet & Maxwell, 200412-041 et s.

36. Voir « Mannai Investment Co Ltd v Eagle Star life Assurance Co Ltd » [1997] A.C. 749, cité par R. Hooley.

37. La doctrine de la « voie interne » (également appelée « four corners approach » : voir « McEntire v Crossley Bros Ltd », [1985] AC 457 à 467) et de la « voie externe » a initialement été présentée par Dillon LJ (voir « Welsh Development Agency v Export Finance Co Ltd » [1992] BCLC 148).

conflit éventuel entre ces clauses et d'autres dispositions du document, pour faire ressortir l'essence de la volonté. Toutes les circonstances ayant entouré la conclusion de la convention doivent donc être considérées.

La « voie interne » (*internal route*) est aussi appelée *four corners approach* afin de rendre compte de l'idée selon laquelle le juge se doit d'interpréter le contrat dans son intégralité, « d'un bout à l'autre ». D'où l'obligation de considérer tout le sens prêté à un terme, sauf à identifier dans l'étendue du champ contractuel un langage qui enlève sa signification première audit terme. Même dans ce cas, l'interprète doit avoir égard aux circonstances ayant entouré la conclusion du contrat³⁸, et aux autres facteurs extérieurs pertinents, le tout en conformité avec les principes régissant l'interprétation des contrats.

Enfin, les mots doivent se voir attribuer leur signification naturelle et ordinaire. Il ne s'agit pas nécessairement de la signification attribuée par un dictionnaire, mais celle qui est communément comprise. Une limite est toutefois assignée à ce principe, lorsque la traduction des termes dans leur acception ordinaire aurait pour effet de conduire à un résultat déraisonnable, ou d'imposer au cocontractant une responsabilité qu'il ne peut manifestement être supposé vouloir assumer³⁹.

À l'instar du droit français, la force du principe de l'autonomie de la volonté conduit à considérer la plupart des règles d'interprétation comme de simples indications ou directives (*guidelines*), en vue d'aider le juge dans son travail. Le droit anglais reconnaît également que l'appréciation des supports rédactionnels exige l'analyse de données factuelles⁴⁰ et juridiques⁴¹. D'où la longueur des décisions rendues, y compris par la juridiction suprême⁴², et leur portée nécessairement limitée, puisque l'opinion formulée est toujours, dans une certaine mesure, tributaire des données spécifiques de l'espèce soumise⁴³.

Dans le domaine des affaires, le travail d'interprétation se trouve rehaussé d'un salutaire apport de pragmatisme, les directives invitant à rechercher la volonté des parties dans une perspective commerciale (*in a business fashion*). Les termes doivent donc se voir attribuer une signification reflétant une véritable logique commerciale⁴⁴. Cependant, les mots retenus peuvent parfois acquérir un sens particulier, susceptible de s'écarter de l'acception qui leur est traditionnellement attribuée⁴⁵. Dans certains cas, les

usages de place devront être considérés pour faire ressortir l'intention profonde des parties.

Surtout, s'agissant d'opérations structurées, le droit anglais admet que les multiples accords dédiés à la réalisation d'un même objectif peuvent être considérés comme ne formant qu'un seul document, sans toutefois faire obstacle à une lecture combinée, mais de telle sorte que chaque document se voit doté d'un effet propre, ordonné à la réalisation d'un objectif principal⁴⁶. La juridiction saisie peut ainsi conclure que, compte tenu des circonstances, une série de documents constitue une seule et unique transaction liant les mêmes parties⁴⁷. Si, donc, l'intention véritable des intervenants peut être discernée à la fois des documents examinés et du contexte applicable, les juges devront privilégier cette intention, même si cela les contraint à se détacher de certains termes utilisés⁴⁸. Enfin, de jurisprudence constante, il est considéré qu'une juridiction ne peut, pour les besoins de l'interprétation d'un contrat, considérer les déclarations ou attitudes des parties après signature du contrat⁴⁹. Il ne peut être fait exception à cette règle que de façon isolée⁵⁰, l'idée étant que, parfois, le comportement des parties une fois l'accord conclu est révélateur de leurs intentions précontractuelles. Autant de possibilités appelant toutefois la suggestion d'une voie complémentaire d'interprétation.

3. La référence à la notion de « prestation caractéristique ».

Qu'il s'agisse du droit français ou anglais, en matière d'interprétation, seules des propositions de comportement sont fournies au juge dans son travail, à l'exclusion de règles de droit. En écho à ce que prévoit l'article 1161 du Code civil⁵¹, le souci de faire émerger la volonté réelle des parties doit conduire le juge à considérer non seulement l'acte lui-même, mais aussi l'ensemble des documents qui ont présidé à la mise en place de l'opération, restitués dans un contexte général. Les dispositions du Code civil ne considèrent toutefois que le contrat ou la convention envisagés isolément. Or, il se peut que la recherche de l'intention des parties doive être entreprise dans le cadre d'un groupe de contrats, conclus en vue de dégager une stratégie globale, d'une légitimité incontestable, mais altérés par les imprécisions ou incohérences d'un accord particulier.

38. À savoir, tout ce qui a pu conduire à rendre le contenu contractuel accessible à un individu extérieur raisonnablement en mesure de comprendre le document.

39. « *City Alliance Ltd v Oxford Forecasting Services Ltd* » [2001] 1 All ER (Comm) 233, cité par R. Hooley.

40. « *However, the meaning of an ordinary English word, of technical or commercial terms and of latent ambiguities, and the discovery of the surrounding circumstances (when they are relevant) are questions of fact* » : *Chitty on contracts*, n° 12-046 - Voir « *Simpson v Margitson* » (1847) 11 Q.B. 23.

41. « *The construction of written instruments is a question of mixed law and facts. The expression "construction" as applied to a document includes two things, first the meaning of the words; and secondly their legal effect, or the effect which is to be given to them* », voir *Chitty on contracts*, préc., n° 12-046.

42. *The House of Lords*.

43. Alors qu'en droit français, la Cour de cassation ne peut agir en juge du fait, *The House of Lords* n'est pas soumise à une telle restriction.

44. « *There must be ascribed to the words a meaning that would make good commercial sense* » : voir « *Miramar Maritime Corp. v Holborn Oil Trading Ltd* » [1984] A.C. 676, 682, cité par R. Hooley.

45. Voir « *Care Shipping Corp. v Itex Itagrani Export SA* » [1993] Q.B. 1 (« *sub-freights* »).

46. « *Several instruments made to effect one object may be construed as one instrument, and be read together, but so that each all have its distinct effect in carrying out the main design* » : *Citty on contracts*, préc., n° 12-064. Voir « *Hesse v Albert* » (1828) 3 M. & Ry 406 - « *Walsh v Trevanion* » (1850) 15 Q.B. 733, 751.

47. Voir « *Smith v Chadwick* » (1882) 20 Ch.D. 27, 63 - « *Ford v Stuart* » (1852) 15 Beav. 493 - « *Whitbread v Smith* » (1854) 3 De G.M. & G. 727.

48. « *Chitty on Contracts* », précit. N° 12-072

49. Voir « *Whitworth Street Estates Ltd v Miller* » [1970] AC 583, 603, Lord Reid.

50. Voir Atherton et Mokai, [2005], Article in « *Company Lawyer* 10 », p.16-18 : lorsque le contrat ne constitue qu'une simulation, ce dernier n'étant qu'un prétexte (« *mere pretence* »), lorsqu'il est soutenu que le contrat a fait l'objet de modifications après sa conclusion, une des parties ayant renoncé au bénéfice de certaines dispositions, lorsqu'une des parties se trouve empêchée d'opposer un droit particulier (en vertu d'un « *estoppel* »).

51. Art. 1161 : « *toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par rapport aux autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier* ». Libre du choix des méthodes d'interprétation objective, rien n'interdit au juge de transposer la directive de cet article à l'échelle d'une opération contractuelle complexe, associant plusieurs contrats, dont les uns éclairent les autres, et leur donnent toute leur utilité dans le schéma global élaboré.

La spécificité de l'exercice suggère la proposition d'une voie supplémentaire de recherche de la volonté. Le ressort de cette nouvelle directive de comportement pour le juge pourrait bien être fourni par le droit international privé. Ce dernier prévoit, en effet, qu'à défaut de choix par les parties du droit applicable à leur relation, le rapport contractuel est supposé régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Il est présumé que ce pays est celui de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique du contrat⁵². Par prestation caractéristique, il convient d'entendre « la prestation pour laquelle le paiement est dû »⁵³, et qui « constitue le centre de gravité et la fonction socio-économique de l'opération contractuelle »⁵⁴, cette conception permettant un rattachement du contrat au milieu socio-économique dans lequel il s'insère.

Ce référent éclairé à la notion de « prestation caractéristique » pourrait fort bien être transposé au travail d'identification de la juste volonté applicable à une opération juridique complexe. Car, dans l'ordre contractuel de ladite opération, il existe toujours une prestation irréductible qui ne peut être éliminée ni, surtout, ignorée, pesant plus fortement et plus spécifiquement que les autres sur le régime contractuel et les prestations attendues, « à l'égard tant de l'existence que de la substance de l'accord considéré »⁵⁵. D'où l'intérêt et l'importance d'inciter le juge à identifier la prestation caractéristique du contrat ou de l'ensemble contractuel soumis à examen, « afin de saisir la convention dans son économie. Le concept de prestation caractéristique [...] exprime l'unité fonctionnelle du contrat, l'objet central de l'accord des parties. [...] Le rôle de la prestation caractéristique, au demeurant, n'est pas seulement de dire la substance du contrat, d'en signaler le centre de gravité; mais aussi d'en fixer le régime juridique [...] »⁵⁶. La notion de prestation caractéristique donne à entendre que les contrats, envisagés seuls ou au sein d'un groupe, « valent surtout pour les résultats qu'ils produisent concrètement dans la vie sociale, par l'effet de leur exécution »⁵⁷.

La recherche de la prestation caractéristique révèle toute son utilité lorsque le doute s'insinue dans une opération reposant sur un jeu de documents différents mais complémentaires, ordonnés à une même fin. « La problématique commune à ces différentes figures réside dans la spécificité de ces ensembles complexes, formés d'emprunt disparates à des contrats classiques. [...] c'est en contemplation de l'obligation fondamen-

tales, noyau dur du contrat, qu'il faut catégoriser l'ensemble »⁵⁸. Il n'est pas contestable, en effet, que « le régime des contrats doit être guidé par leur fonction économique »⁵⁹. L'analyse de la figure contractuelle permet de distinguer une prestation caractéristique et des prestations périphériques ou accessoires, au service de la prestation caractéristique, conduisant à une interprétation, et donc une qualification, plus affinée. Ainsi percée et donc comprise, l'intention des parties ouvre la voie à une requalification ajustée.

B. La requalification

La requalification s'impose au juge, dont le devoir est d'appliquer une norme ajustée à l'espèce qui lui est soumise. Mais ce dernier se trouve parfois confronté à une réalité plus nuancée, tant en droit français (1) qu'en droit anglais (2).

I. Droit français

a. Le dilemme du juge

La requalification est ici opérée par le juge sur le fondement de l'article 12 du Nouveau Code de procédure Civile⁶⁰, dont la lecture doit être faite à la lumière des articles 4 et 5 du même Code⁶¹. En effet, dans la mesure où « la direction du procès est abandonnée aux plaideurs »⁶², le juge, requalifiant un acte, doit s'attacher à respecter et, surtout, ne pas outrepasser l'objet des demandes, en s'efforçant « de donner à la prétention son véritable fondement, sa véritable qualification »⁶³. Ensuite, pour les besoins de la requalification, seuls sont éligibles « les faits concluants, désignés encore sous l'appellation de faits relevant ou de faits pertinents »⁶⁴. Il faut voir dans ces considérations un premier argument en vue d'une portée limitée d'une décision de requalification, la sélection des faits débattus appartenant aux parties.

Par ailleurs, si l'art. 12 du NCPC impose au juge, en cas d'ambiguïté dans les volontés manifestées des parties, de requalifier d'office non seulement les actes, mais également les faits⁶⁵, la Cour de cassation, juge du droit exclusivement, se voit assigner une tâche difficile à assumer. Cette dernière a en effet pour mission de contrôler toutes les qualifications, « c'est-à-dire les traductions en terme de droit, de

58. D. Grillet-Ponton, art. préc., p. 332.

59. M.E. Ancel, op.cit., n°145.

60. Art. 12 du NCPC : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée [...] ».

61. Art 4 du NCPC : « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties... ». Art. 5 du NCPC : « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ».

62. Voir G. Bolard, « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », JCP, éd. Entrep. 1993, n° 3693, p. 329 et s.

63. Ceci explique que la Cour de cassation se soit abstenue, dans son arrêt du 19 décembre 2006, d'annuler le nantissement, issu de la requalification de la cession de créance à titre de garantie. Le pourvoi n'avait en effet pas pour objet la remise en cause de la validité juridique de l'acte lui-même – voir J. Vincent, S. Guinchard, Procédure civile, précis Dalloz, 27^e éd., n°573. « Plus l'objet serait compréhensif, détaillé, circonstancié, plus serait étendue l'intangibilité s'imposant au juge comme une limite des pouvoirs de décision d'office que les textes lui attribuent » : A. Joly, obs. sous Cass. com. 2 mai 1983, Dall. 1985, jurispr., page 368.

64. Voir G. Bolard, G. Flécheux, « L'avocat, le juge et le droit », Dall. 1995, Chron. p.221 et s. Aux termes du NCPC, il s'agit des faits propres à fonder les prétentions (art. 6), des faits nécessaires au succès de la prétention (art. 9), des faits dont dépend la solution du litige (art. 143).

65. Voir A. Joly, op. cit., page 369 et la note 3.

52. Article 4-2 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles : « Le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle. » : voir Y. Loussouarn, P. Bourel, Droit International Privé, précis Dalloz, 7^e édition, n° 378-6.

53. P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », Rev. cri. Droit int. Privé, avr. Juin 1991, 297 et s.

54. Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, art. 4.

55. M.E. Ancel, La prestation caractéristique du contrat, thèse, Economica, 2002, n°7 et 9 : « la prestation caractéristique est donc l'effet contractuel voulu par les parties et sélectionné par le droit objectif pour devenir la pièce maîtresse du régime de nombreux contrats. Cette notion marque ainsi nettement que le contrat est plus que la somme des obligations qu'il engendre, puisqu'il peut être commandé par une seule des prestations qu'il comporte. La prestation caractéristique est donc l'instrument adéquat pour faire respecter la cohérence et l'unité du contrat en droit interne comme en droit international privé ».

56. L. Aynès, préface de la thèse de M. E. Ancel, La prestation caractéristique du contrat, Economica, 2002

57. M.E. Ancel, op.cit., n°4.

faits, d'actes ou de situations dont découlent des conséquences juridiques ». La difficulté de l'exercice tient à ce que l'appréciation opérée par les juges du fond, de l'acte ou du fait pris dans sa dimension matérielle, reste souveraine⁶⁶.

La Haute Cour doit alors distinguer le fait, élément purement descriptif, du droit, élément normatif⁶⁷, distinction rendue délicate en raison de l'interpénétration du fait et du droit⁶⁸. S'interdisant de juger la donnée factuelle, celle-ci doit uniquement rechercher si, eu égard aux faits souverainement constatés par les juges du fond, la loi a été correctement appliquée⁶⁹. On touche ici à « la controverse principale, relative à la notion de matière litigieuse »⁷⁰. Car la question est de savoir si l'interprétation des contrats est une question de droit relevant du pouvoir de la Cour de cassation, ou une question de fait dont seules les juridictions du fond ont à connaître. Depuis longtemps, la Cour de cassation a confirmé⁷¹, sans remise en cause, son seul rôle de juge du droit. Il arrive donc que cette juridiction admette, pour une même convention, des interprétations dont l'uniformité fait défaut⁷². Perce alors un autre argument pour reconnaître aux décisions de requalification de la Cour de cassation une portée nécessairement limitée. Le tout sans préjudice de la désignation, clairement exprimée par les parties, de la nature juridique de leur relation.

b. Le choix des parties dans la désignation juridique de leur rapport

Là où il y a imprécision, il y a requalification, sous réserve toutefois de l'alinéa 4 de l'art. 12 du NCPC, selon lequel le juge « ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquelles elles entendent limiter le débat ». Dès lors du moins qu'elles agissent de bonne foi, les parties peuvent donc imposer leur conception et appellation du montage contractuel élaboré, ce qui, dans certains schémas de financements, est un appréciable gage de sécurité juridique⁷³. Certes, il a pu être soutenu que cet alinéa, débutant par le terme « toutefois », constitue une exception à la règle

générale de requalification par le juge⁷⁴. Mais toute disposition claire et précise s'impose à celui-ci, qui ne peut la dénaturer⁷⁵, sous peine de commettre une « trahison de l'évidence »⁷⁶, la convention constituant une pièce maîtresse dont le sauvetage mérite considération.

c. Le sauvetage de la relation contractuelle

L'art. 12 du NCPC commande au juge de « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties auraient proposée ». Cependant, lorsque ces dernières agissent de façon maladroite mais de bonne foi⁷⁷, les hypothèses de requalification⁷⁸ sont à rapprocher des situations dans lesquelles les juridictions ont pu se montrer soucieuses de sauver l'opération contractuelle, certes élaborée ou présentée de façon discutable, mais porteuse d'enjeux. Ainsi, « la sanction radicale de la nullité s'efface parfois aujourd'hui devant des sanctions plus nuancées qui s'en tiennent au but poursuivi par la règle d'ordre public. [...] On observera le développement en droit de la concurrence, tant interne que communautaire, de la pratique de l'injonction de corriger le contrat ayant un effet anticoncurrentiel »⁷⁹. Dans le même ordre d'idée, il convient de mentionner les tentatives judiciaires de sauver des clauses d'indexation illicite en leur substituant, au nom de la volonté des parties, des indices licites⁸⁰. La Cour de cassation s'y est employée à plusieurs reprises, dans un passé relativement récent⁸¹. Or rien ne paraît s'opposer à une démarche similaire du juge qui, sauf hypothèse de fraude, aurait à appliquer l'art. 12 du NCPC, en particulier en présence d'une opération complexe, aux enjeux financiers et économiques significatifs, où la requalification aurait pour effet un bouleversement total de l'économie de la transaction, alors même que les parties auraient agi de façon sincère, sur la base de conseils complets et avisés. Exprimée différemment, cette primauté donnée à la volonté individuelle se constate également en droit anglais.

2. Droit anglais

L'opération de requalification se situe à la lisière de deux principes fondamentaux du droit commercial anglais⁸² :

66. Pour cette raison, la Cour de cassation s'attache à mentionner le concept juridique concerné comme ayant été employé « au sens de (tel texte) » - Sur tous ces points, voir A. Perdriau, « Contrôle normatif du fond du droit », *Jurisl. Proc. Civ.*, Fasc. 792, 6 - 1998, n° 99 et s., p. 17.

67. « Pour limiter la matière litigieuse aux faits allégués, à l'exclusion de tout élément juridique, il faut pouvoir distinguer le fait du droit. Or, pareille distinction serait impraticable, les plaideurs alléguant le plus souvent un mélange indifférencié de fait et de droit » : voir G. Bolard, *op. cit.*, n° 8 p. 330.

68. Voir R. Martin, *JCP éd. Ent.* 1986, n° 20691. G. Bolard, *op. cit.*, n° 8, p. 330.

69. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.* n° 432, p. 421.

70. G. Blochard, *op. cit.*, n° 6, p. 330. Ainsi qu'exposé précédemment, l'opération de qualification consiste en la traduction en termes de droit, de faits, d'actes ou de situations dont découlent des conséquences juridiques. En présence d'un acte ambigu, le préalable à la requalification est l'interprétation de la volonté véritable des parties, qui suppose que le juge conduise une travail d'analyse de données de fait (analyse du contexte dans lequel l'acte juridique imprécis a été conclu) puis de droit (analyse du contrat issu du contexte factuel, et identification de la règle de droit applicable). Dans la plupart des espèces, les données factuelles sont intimement liées aux données contractuelles et juridiques, de sorte que la Cour de cassation, lorsqu'elle entreprend un travail de requalification, se comporte, par la force des choses, en juge des circonstances.

71. Cass. sect. réunies, 2 fév. 1808, *Sirey. chron.*, Grands arrêts, n° 91.

72. Voir par exemple Cass. Civ. 28 jan. 1907, 2 arrêts, *Dall.* 1908.1.5 - *Sirey*, 1912.1.22, cités par F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 432 - 1°.

73. Voir A. Joly, *art. préc.*, p. 370.

74. G. Bolard, « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP, éd. Entrep.* 1993, n° 3693, paragraphe 7, p. 330.

75. Art. 1134 du Code civil - il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes d'une convention sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elles renferment : Civ. 15 avr. 1872, *DP* 1872, 1, 176.

76. Y. Paclot, *op. cit.*, n° 272.

77. Dans certains cas, les parties dotent en effet leur relation contractuelle d'une nature juridique non conforme à leur intention véritable, laquelle est régie par une contre-lettre, dans l'unique dessein d'échapper à des règles fiscales contraignantes.

78. Rien n'interdit en effet au juge, « bien au contraire, d'engager avec elles (les parties) le dialogue sur les constructions juridiques qu'elles édifient » : voir J. Normand, « Principes directeurs du procès - office du juge », *Jurisl. Proc. civile*, Fasc. 152, 1995, par. 40, p. 9.

79. J. Mestre, *op. cit.*, p. 156.

80. Voir L. Boyer, « A propos des clauses d'indexation : du nominalisme monétaire à la justice contractuelle » : mélanges Marty, 1978, p. 87 et s., cité par J. Mestre, *op. cit.*

81. Cass. Civ., 10 fév. 1998, *RTDCiv.* 1998, n° 2, p. 365, obs. J. Mestre, qui a retenu la sanction de la réduction de la durée du contrat en présence de parties ayant stipulé une clause d'approvisionnement exclusif excédant le plafond de 10 années imposé par une loi de 1943. Dans un arrêt du 22 nov. 1983 (*D.* 1984, 204, note Gaillard - *JCP* 1984, II, 20228, note Eck), la cour suprême a opté pour une régularisation de la relation contractuelle.

82. Voir A. Berg [2001] *JIBFL*, 346.

celui en vertu duquel une juridiction, lorsqu'elle qualifie un acte, doit avoir pour objectif de le doter de l'effet qui était recherché par les parties⁸³, tout en assurant une sécurité juridique indispensable au monde des affaires⁸⁴. D'où l'analyse faite, parfois, du comportement des parties postérieurement à la signature du contrat.

Les deux étapes du processus de requalification ont été mises en évidence par Lord Millet, en 2001⁸⁵, considérant que cette opération n'est pas réductible à une simple interprétation. Il incombe au juge d'analyser le support rédactionnel au regard en particulier de la terminologie retenue, puis de percer les intentions des parties au travers du langage employé. Ce n'est qu'ensuite que la requalification intervient, par pur rattachement mécanique des faits au droit, indépendamment de l'intention des parties. Pour réaliser ce travail d'interprétation, Lord Walker a retenu la *four corners approach* dans l'espèce dite « National Westminster Bank / Spectrum Plus »⁸⁶ : la sûreté, prétendument *fixed charge* selon la banque, et requalifiée en *floating charge* par la cour, fut consentie par le client alors que celui-ci avait signé avec la banque des termes et conditions générales de financement, une lettre de découvert en compte et l'acte constitutif de la sûreté (*debenture*⁸⁷). Autant de documents qu'il convenait d'analyser pour déterminer le degré de contrôle de la part du constituant sur le produit issu de l'encaissement des créances commerciales grevées, critère déterminant de la qualification en *fixed* ou *floating charge*. Les magistrats ont retenu l'existence d'une *floating charge* compte tenu de la possibilité offerte au constituant d'avoir accès aux revenus des créances concernées. Cette décision fut prise nonobstant l'interdiction faite au constituant de nantir ou céder ces fruits à un tiers préalablement à l'emploi de ces sommes, et l'obligation d'affecter les montants perçus au seul et exclusif remboursement du solde débiteur de son compte courant ouvert auprès du même établissement de crédit. La requalification effectuée dans l'espèce « Spectrum Plus » a eu un retentissement d'autant plus fort qu'elle remet en cause un principe ancien de droit anglais selon lequel les parties peuvent valablement conclure une transaction même si celle-ci paraît artificielle, pour autant que leur comportement est conforme au contenu des contrats qui les lient, et à leurs déclarations⁸⁸. C'est donc tout un pan de prévisibilité juridique qui semble tombé en 2005.

Cependant, la solution rendue dans cette espèce affiche, de par la nature des relations contractuelles en cause, une portée limitée. Rendue en matière de financement bancaire courant, on peut douter en effet de la possibilité de l'étendre

à des opérations de financements structurés, reposant sur un jeu de contrats et documents différents. Il importe donc de vérifier au cas par cas comment les accords contractuels opèrent, afin de faire ressortir la ligne de démarcation entre la possibilité d'une collecte, par le constituant de la sûreté, et sous le contrôle du bénéficiaire, des sommes issues du règlement des créances grevées, et leur indisponibilité et affectation totale au profit direct et exclusif du créancier⁸⁹. L'examen de certaines décisions rendues permet de prendre la pleine mesure de la délicatesse du travail qu'impose au juge toute requalification.

II. LES DÉCISIONS RENDUES

Maîtresses de leur rapport contractuel, les parties en contrôlent la négociation, la conclusion et la qualification. Sur ce dernier point, toutefois, une partie peut être tentée d'exploiter ultérieurement certaines imprécisions ou lacunes du support rédactionnel afin de bénéficier d'une requalification, initiée par ses soins, et de nature à servir ses intérêts particuliers. Une parfaite illustration en est fournie par les garanties, lorsqu'il s'agit pour le garant d'échapper ou de réduire son obligation à paiement (A). La Cour de cassation a précisé par ailleurs les limites de l'autonomie de la volonté dans certains montages basés sur la cession de créances à titre de garantie (B) ou prévoyant la signature de promesses unilatérales réciproques (C).

A. Garanties de paiement et opposabilité des exceptions

1. Droit français : garantie à première demande et cautionnement

L'arrêt du 7 juin 2006 de la Cour de cassation⁹⁰ mérite d'être évoqué, en ce qu'il contribue à alimenter, dans le sens de la clarification, le débat toujours nourri opposant les concepts de garantie de paiement à première demande et de cautionnement. Ce dernier est l'acte par lequel la caution s'engage envers le créancier à satisfaire à l'obligation du débiteur principal si celui-ci fait défaut⁹¹. L'obligation du garant est donc greffée sur celle du débiteur principal. Il s'ensuit que la caution n'est tenue que si le débiteur principal est lui-même tenu, l'obligation de celle-ci ne pouvant excéder l'engagement sous-jacent.⁹² Inversement, la garantie autonome repose sur le principe fondamental de l'inopposabilité des exceptions⁹³. Il en résulte notamment que l'annulation du rapport fondamental n'empêche pas de plein droit le paiement de la garantie autonome. Il faut, dans tous les cas, établir que le bénéficiaire abuse

83. Voir « Bank of Credit and Commerce International SA v Ali » [2001] 1 All ER de 961 à 965, par Lord Bingham.

84. « Vallejo v Wheeler » (1774) 1 Cowp 143 à 153.

85. Voir « Agnew v Commissioner of Inland Revenue » [2001] 2 AC 710.

86. « National Westminster Bank plc v Spectrum Plus Ltd », [2005] UKHL 41, [2005] 4 All ER 209. Pour le détail des faits de l'espèce, voir F. Julien, D. Arlettaz, « Financements d'actifs spatiaux », Banque & Droit n°104, p. 21 et s.

87. Le terme « *debenture* » renvoie à un document au titre duquel une société se reconnaît débitrice. Par extension, ce terme désigne un acte créateur de sûretés portant sur l'intégralité des actifs d'une société, un tel acte renfermant habituellement un engagement de payer ou une reconnaissance de dette.

88. Voir Michael Bridge, « Cross-border security over tangibles – comparative and private international law issues », Trier, 8-9 March 2007, ERA Congress Centre, et les développements dans le paragraphe a. ci-dessus.

89. R. Calnan, cabinet Norton Rose, « Symposium on security over receivables », ECEP Legal Practice Group, BNP Paribas, 26 janvier 2007 - M. Bridge, loc. cit

90. Chambre commerciale, rejet, pourvoi n° 05-1179.

91. Art. 2288 du Code civil.

92. Art. 2290 Code civil : « le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses ».

93. Selon l'article 2321 du Code civil, « la garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues [...]. Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie. Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie ».

manifestement de son droit à garantie ou qu'il commet une fraude⁹⁴. Dans la mesure où le garant s'oblige à payer une dette nouvelle, « qui existe par ses propres forces »⁹⁵, son obligation demeure hors de portée des événements susceptibles d'affecter le contrat de base.

Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, la sûreté consistait en une garantie de restitution d'acompte : la banque Sanpaolo s'était engagée irrévocablement et inconditionnellement à rembourser à une caisse de retraite, sur première demande écrite de sa part, 855 100 francs, constitutifs de l'acompte versé par la caisse à un entrepreneur de travaux. Le bénéficiaire de la garantie devait simplement attester, dans une lettre, du bien fondé de sa demande. L'entrepreneur fit faillite et la caisse appela la garantie. La banque, après avoir désintéressé le bénéficiaire, fit alors valoir que la créance de la caisse de retraite, non déclarée aux organes de la procédure collective, était éteinte. Par conséquent, son engagement de garant, constitutif d'un cautionnement, était lui-même éteint. L'établissement de crédit réclama donc le remboursement du montant versé.

La Cour de cassation a rejeté cette analyse, et retenu la nature juridique de garantie autonome, considérant que l'engagement était stipulé « irrévocable », « inconditionnel », la garantie étant payable « à 1^{re} demande ». L'acte constatait donc une véritable garantie autonome, nonobstant l'engagement du garant de payer les sommes dont l'entrepreneur serait débiteur au titre de l'acompte. De plus, il fut relevé que la banque Sanpaolo n'était pas obligée de se reporter « aux modalités d'exécution du contrat de base pour évaluer sa propre obligation »⁹⁶.

La solution ne paraît pas contestable. En effet, dans le commerce international, la clause « à première demande » insérée dans une garantie est caractéristique d'une volonté d'autonomie. Les juges français lui assignent une « véritable présomption d'indépendance de la sûreté », dont il convient ensuite de déterminer l'intensité, par appréciation des autres caractéristiques de la sûreté⁹⁷. Cette présomption sera renforcée par la présence d'un engagement « inconditionnel » de payer, emportant renonciation par le garant au bénéfice des exceptions.

Doctrine et jurisprudence considèrent désormais et de façon unanime, après hésitations, que la référence au contrat de base dans la garantie doit être interprétée restrictivement⁹⁸. En l'espèce, l'acte constituait une garantie de restitution d'acompte. Or, dans ce cas, la jurisprudence retient que les clauses d'ajustement du montant n'affectent pas l'autonomie de l'engagement⁹⁹. Car l'existence d'un accord fondamental, constituant la cause de l'en-

gagement du garant, n'est pas incompatible avec l'autonomie de la garantie, dont le lien avec le contrat de base « est rompu dès l'instant où la garantie a été constituée »¹⁰⁰, par opposition au cautionnement. Dans le cas présent, la Cour de cassation a constaté que ce critère était satisfait, en précisant que le garant n'était pas tenu « de se reporter aux modalités d'exécution du contrat de base pour évaluer sa propre obligation ». Enfin, le fait pour la caisse de retraite d'avoir à attester, par simple lettre, du bien fondé de la réclamation, ne saurait emporter requalification en cautionnement, dans la mesure où ledit établissement n'était pas tenu de justifier de la défaillance du débiteur principal¹⁰¹. Des discussions similaires existent en droit anglais, en ce qui concerne les *guarantees* et les *indemnities*.

2. Droit anglais : *guarantee* et *indemnity*

La *guarantee* en *common law* est un engagement de nature indemnitaire, en vertu duquel le garant se porte fort de la bonne exécution par le débiteur de ses obligations. À défaut, le créancier sera en droit de réclamer des dommages et intérêts. L'obligation du *guarantor* étant accessoire, celle-ci ne vaut que pour autant que la dette sous-jacente existe au moment de la demande en paiement. Par conséquent, les exceptions issues du rapport fondamental peuvent être opposées au bénéficiaire. À l'inverse, l'*indemnity* de droit anglais, dépendante de l'obligation qu'elle garantit, n'autorise toutefois pas son auteur à opposer des exceptions afin de limiter ou exclure son paiement. Où l'on perçoit l'intérêt pour le garant à faire prévaloir la qualification de *guarantee*. Dans une décision de 2005¹⁰²,

100. P. Simler, « Cautionnement et garanties autonomes », Litec, 3^e édition, n° 878, p. 790.

101. Voir dans le même sens : CA Paris, 7 janvier 1992, Dall. 1993, somm., p. 96. A. Prum, *op. cit.*, n° 108, p. 49 : « souvent, la "justification" exigée se résume à une simple attestation, étayée, le cas échéant, par la production de certains documents, susceptibles de rendre la défaillance du donneur d'ordre probable mais qui n'ont pas pour objet de la démontrer. Dans l'esprit des contractants, cette motivation sert avant tout à lever un obstacle purement psychologique face aux prétentions manifestement abusives d'un bénéficiaire et, le cas échéant, à faciliter le recours du garant contre le donneur d'ordre ».

102. « Marubeni Hong Kong and South China Ltd v Mongolian Government » [2005] EWCA Civ 395. En l'espèce, une société basée à Hong Kong était en relation d'affaires avec une entreprise de Mongolie en vue de la vente de biens d'équipement et matériels pour les besoins du conditionnement de lots de cashmere. Aux termes du contrat de vente, l'acquéreur avait convenu de l'émission par le ministère des Finances de Mongolie d'une lettre de garantie en faveur du vendeur. Le ministère des Finances s'était ainsi engagé inconditionnellement à payer *upon your simple demand* tout montant dû au titre du contrat commercial (« all amounts payable under the contract of sale if not paid when the same become due from the buyers »). L'émission de la garantie avait donné lieu à signature, par le Ministère de la Justice de Mongolie, d'une opinion juridique confirmant tous les pouvoirs du signataire de la garantie (*guarantee*). L'acquéreur manqua de façon répétée à ses obligations de paiement, malgré plusieurs restructurations de la dette, de telle sorte que la garantie fut finalement appelée, pour un montant de 14 000 000 dollars US. Face à l'inertie du garant, une procédure judiciaire fut entamée, et le bénéficiaire fit valoir que la lettre de garantie constituait une garantie autonome (*performance bond*). Version contestée par le garant qui soutenait que l'obligation par lui souscrite, de nature accessoire (*secondary liability*), lui permettait d'opposer les changements significatifs apportés dans le cadre des restructurations à la transaction initiale pour se soustraire à son obligation de paiement. En appel, les juges refusèrent de retenir les arguments du bénéficiaire de la garantie selon lesquels la décision de 1^{er} degré – retenant la nature d'une garantie accessoire – était contraire aux précédents, qui avaient tenu de telles clauses pour constitutives d'un engagement de payer indépendant (par exemple : « Esal Commodities Ltd v Oriental Credit Ltd » [1985] 2 Lloyd's Rep 546 – « Siporex Trade SA v Banque Indosuez » [1986] 2 Lloyd's Rep 146 – « Gold Coast Ltd v Caja de Ahorros del Mediterraneo » [2001] EWCA Civ 1806.). La cour d'appel fit en effet valoir que la jurisprudence soulevée ne concernait que des garanties émises par des établissements de crédit, le statut et la qualité des garants autorisant alors à interpréter les termes des garanties de façon contraire au contexte juridique relatif à de tels instruments. Par ailleurs, même si l'opinion juridique émise pour

94. H. Le Dauphin, conseiller référendaire à la Cour de cassation, rapport en vue de l'arrêt du 13.12.1994, Dall. 1995, p. 210.

95. H. Le Dauphin, art. préc., p. 210.

96. Voir dans le même sens : Cass. com., 30 janv. 2001, RJD 5/01 n° 642 – Cass. com. 16 juin 2004, arrêt n° 690 – CA Paris, 15^e Ch., 2 avr. 2004, Jur. Data, n° 2004-246472 – Cass. com. 2 juin 2004, Rev. Droit Banc. Fin., n° 6, nov. Déc. 2004, p. 402.

97. A. Prum, *Les garanties à première demande – essai sur l'autonomie*, Litec, n° 95, p. 42.

98. « La combinaison d'une demande justifiée à la définition de l'objet de la garantie ne peut avoir pour objet de dégrader la garantie à première demande en simple cautionnement solidaire » : Trib. com. Paris, 3 oct. 1989, Dall. 1990, p. 202.

99. Cass. com. 5 déc. 1989, Dall. 1990, som. P. 207 – la garantie est alors dite « glissante ». Contra : Cass. com. 8 oct. 2003, Rev. Droit Banc. Fin., n° 1, janv. Fév. 2004, p. 21.

les juges anglais, interprétant un acte rédigé en termes contradictoires, ont considéré que les expressions *unconditionally pledges* et *simple demand* ne permettaient pas de retenir l'existence d'une garantie déconnectée du contrat principal (*primary obligation*) en raison des autres termes prévoyant que le garant devait désintéresser le bénéficiaire si les montants dus au titre du contrat demeuraient impayés à leur date d'exigibilité¹⁰³. La présence d'un engagement de payer accessoire fut donc admise. La volonté apparente de la cour d'appel de qualifier un instrument émis par un organisme non bancaire d'engagement accessoire de payer souligne toute l'importance d'une rédaction claire et précise excluant le jeu de la règle dégagée par la décision *Holme v Brunskill*¹⁰⁴.

B. Cession de créance à titre de garantie

Par arrêt du 19 décembre 2006, la Cour de cassation a décidé que la cession, à titre de garantie, autrement que par bordereau Dailly, par un débiteur de ses créances vaut simple nantissement de ces dernières¹⁰⁵. En l'occurrence, La banque CGER avait consenti un prêt à la société Foncière Forum 20 pour les besoins de l'acquisition d'un centre commercial. En garantie du financement, l'emprunteur avait consenti une cession des créances en paiement des loyers dus par les locataires présents dans le centre commercial, parmi lesquels la société DIVA. La cession avait été effectuée sur le fondement des articles 1689 et s. du Code civil. Le 27 juin 1995, une procédure collective fut ouverte à l'encontre de l'emprunteur. Ultérieurement, la Caisse Fédérale du Crédit Mutuel du Nord, après transfert du prêt le 30 mai 1997 à son profit par la banque CGER, demanda en justice le règlement par la société DIVA des loyers objet de la cession. Cette dernière fit alors valoir que la cession, effectuée à titre de garantie sur le fondement des articles 1689 et s. du Code civil, n'avait pas eu pour effet d'extraire les créances du patrimoine de l'emprunteur. Sa prétention a été accueillie par la Cour, qui a requalifié la cession en nantissement de créances¹⁰⁶. Plusieurs aspects de cette décision peuvent

susciter des réserves. La référence à l'article 2078 du Code civil, tout d'abord, surprend, car l'admission dans un acte de nantissement de créance d'un pacte comissoire fut actée, sans la moindre vibration de doute, par un arrêt de même autorité du 19 janvier 1999¹⁰⁷. Ensuite, en l'absence de prohibition spécifique, l'autonomie de la volonté doit pouvoir prospérer, et faire œuvre créatrice. Enfin, l'adoption de la loi Dailly, en 1981, avait plusieurs objectifs dont celui de permettre la cession de créance à titre de garantie dans des conditions de forme affranchies des contraintes et lourdeurs du Code civil, le tout afin de faciliter le crédit aux entreprises¹⁰⁸. La solution de cet arrêt ne saurait s'appliquer à cette sûreté créée par les praticiens, et emportant transfert de propriété d'une somme d'argent en faveur du créancier¹⁰⁹. En effet, le recours à ce mode de garantie a été admis en jurisprudence, dans la constance, depuis fort longtemps¹¹⁰, et a été confirmé par la Cour de cassation dans un arrêt du 6 février 2007¹¹¹. De plus, une décision de requalification, pour les raisons évoquées précédemment¹¹², a une portée nécessairement limitée, et ne saurait être étendue à des contextes ou opérations contractuelles différents. Une décision de requalification malencontreuse a concerné, en 2005, le recours aux promesses unilatérales réciproques.

C. Promesses unilatérales réciproques

Est ici en cause l'arrêt du 22 novembre 2005 de la Cour de cassation¹¹³. Cette dernière, appliquant l'article 1589

lequel : « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties... » L'article 5 du NCPC prévoit également que « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé. ». Dans le cas présent, le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel du 2 mars 2005 avait pour objet de faire reconnaître l'absence de transfert des créances, puisque la cession avait été effectuée à titre de garantie. La demande ne tendait pas au prononcé de la nullité de l'acte juridique en cause. Ceci explique que la Cour Suprême se soit contentée de requalifier la cession en nantissement, sans préciser les conséquences de cette requalification.

107. Cass. com. 19 janvier 1999, RJDA 1999, n° 477, cité par C. Larroumet, « La cession de créance de droit commun à titre de garantie », *Dall.* 2007, n° 5, p. 344 et s. ; Cass. com. 9 avril 1996, *Bull. civ. IV* n° 116, *Dall.* 96, jur. p. 399 note C. Larroumet : « la cour d'appel a retenu, à bon droit, que n'est pas prohibée par l'article 2078 du Code civil la stipulation d'attribution d'un gage constitué en espèces par le créancier, à due concurrence du défaut de paiement à échéance ». Cass. com. 9 mai 2001 RJDA 10/2001 n° 1035 : « n'est pas prohibée par l'article 2078 du Code civil la stipulation d'attribution d'un gage constitué en espèces par le créancier, à due concurrence du défaut de paiement à échéance ».

108. Au nombre des finalités recherchées figuraient la mise en place d'un substitut efficace à l'escompte, la consécration du procédé de garantie résultant de la cession de créance en propriété, la définition d'un cadre légal pour l'affacturage et favoriser la mobilisation des créances nées à l'exportation par la simple délivrance d'un bordereau.

109. Voir C. Larroumet, art. préc. – R. Damman, G. Podeur, « Cession de créance à titre de garantie : la révolution n'a pas eu lieu », *Dall.* 2007, n° 5, p. 319.

110. Cass. 16 juin 1936, *Sirey* 1936, I, p. 140 – *Dall.* 1936, I, p. 443 – Cass. com. 29 mars 1989, *Dall.* 1989, jur. p. 457, note D. R. Martin. – Cass. com., 17 mai 1994, *Bull. Civ. IV*, n° 178 – *Dall.* 1995, Jur. P. 124, note C. Larroumet : « les sommes déposées à titre de garantie de l'exécution de ses obligations par le locataire gérant sont devenues en raison de leur nature fongible, la propriété du bénéficiaire de la garantie » ; Cass. com. 3 juin 1997 *Dall.* 98, jur. p. 61 note G. François ; JCP 97 éd. G II 22891 rapport du conseiller rapporteur J.-P. Rémy : « ...les sommes d'argent dont la propriété lui avait été transférée à titre de garantie ». CA Reims, 5 avril 2006, SA SNVB c/ SCP Dargent, n° Juris-data 2006-309447 : « la remise des fonds dans le cadre de ce qui s'analyse en une fiducie aux fins de sûreté suppose nécessairement le transfert des fonds à la banque ; [...] l'obligation de restitution sera éteinte par compensation avec la dette du remettant (fiduciant) ».

111. Cass. com., 6 fév. 2007, arrêt n° 159 F-D

112. Voir paragraphe B « la requalification, le dilemme du juge ».

113. Cass. com. 22 nov. 2005, JCP éd. E. n° 11, n° 1463, p. 529 et s., obs. A. Constantin – J. Moury, « Menaces sur les promesses unilatérales de vente et d'achat croisées », *Dall.* 2006 n° 40, p. 2793 et s. – *Dall.* 2006, Actualité Jurisp., p. 149, obs. A. Lienhard.

les besoins de l'émission de la garantie faisait référence à une 'guarantee', celle-ci n'était pas déterminante de la nature véritable de l'engagement du garant. Carnawath LJ avance que l'absence de la terminologie propre aux engagements autonomes, dans une garantie émanant d'une entité gouvernementale – et non d'une banque – constituait une forte présomption contraire à la thèse du demandeur, les termes « *if the amounts payable under the agreement (are) not paid when the same becomes due* » caractérisant la présence d'un engagement accessoire (*secondary obligation*).

103. « *If the amounts payable under the agreement are not paid when the same becomes due* ».

104. Selon Alan Berg, (2006) 122 LQR 42 à 44, s'agissant de l'espèce « *Holme v Brunskill* » (1878) 3 QBD 495, quand un soutien financier est fourni par une institution financière indépendante, le contexte commercial conduit à privilégier une interprétation selon laquelle ladite institution doit se trouver dispensée de toute implication dans des discussions contentieuses relatives au contrat sous jacent : sur tous ces points, voir R. Hooley, « Guarantees and indemnities », Allen & Overy LLP Firm – Wide Seminar, 30 mars 2006.

105. Voir J.-L. Guillot, M. Boccarda, *Rev. Banque*, n° 689, p. 75 – D. R. Martin, « Droit bancaire », *recueil Dalloz* 2007, n° 11, p. 757 – D. Legeais, *Rev. de Droit Banc. Et Fin.*, janv. fév. 2007, p. 20 – « Cession de créance de droit commun à titre de garantie », S. Prigent, *Les Pet. Af.*, 22 fév. 2007, n° 42, p. 10 et s.

106. La Cour de cassation se réfère aux anciens articles 2075 et 2078 du Code civil, et retient la nature juridique d'un nantissement de créance au lieu et place d'une cession de créance à titre de garantie. Or l'acte juridique en cause n'était pas régulièrement constitué puisque, selon l'art. 2075 du Code civil, celui-ci aurait dû faire l'objet d'un enregistrement auprès de l'administration fiscale, préalablement à sa signification au débiteur de la créance gagée. La question qui se pose est donc de savoir pourquoi la Cour de cassation n'a pas prononcé la nullité dudit « nantissement ». L'application par le juge de l'article 12 du NCPC lui impose aussi de tenir compte des dispositions de l'article 4 du NCPC selon

du Code civil¹¹⁴, y décide que l'échange d'une promesse unilatérale d'achat et d'une promesse unilatérale de vente « réalise une promesse synallagmatique de vente valant vente définitive dès lors que les deux promesses réciproques ont le même objet et qu'elles sont stipulées dans les mêmes termes ». Ainsi qu'a pu le démontrer une doctrine avisée et convaincante¹¹⁵, cette décision paraît regrettable car d'une justification théorique difficile (1). Elle constitue aussi une application pour le moins curieuse du travail d'interprétation de la volonté des parties (2).

1. Une requalification contestable

À la faveur d'une promesse unilatérale, l'option constitue, comme son nom l'indique, une faculté pour celui qui en est destinataire, à savoir de conclure, ou de s'abstenir de conclure, lors de la survenance d'un événement pris en référence ou au terme d'un délai convenu, une relation contractuelle dont les termes et conditions sont d'ores et déjà arrêtés dans le cadre de ladite promesse. L'existence, en sens inverse, d'une autre promesse, elle-même porteuse d'une option – mais d'une option seulement – en faveur de l'autre promettant, n'est pas de nature à remettre en cause ce principe fondamental de la liberté contractuelle offerte à chacun des destinataires des promesses. Car l'entière faculté doit demeurer pour le bénéficiaire de ne pas lever l'option, auquel cas le contrat final ne peut accéder à l'existence juridique. Le fait que ledit destinataire de l'option soit lui-même engagé par les termes d'une promesse unilatérale envers le promettant qui lui fait face n'y change rien¹¹⁶ : en droit des contrats, une manifestation de volonté doit nécessairement en rencontrer une autre, précise, concordante, ferme, irrévocable et parfaitement aboutie pour donner vie, positivité et rayonnement juridiques au contrat envisagé¹¹⁷. Décider autrement – et donc opérer une requalification des promesses réciproques – revient à nier, purement et simplement tout autant l'existence que la particularité de ce mécanisme contractuel. Cela traduit aussi une vision optative de l'ingénierie juridique qui doit permettre l'élaboration d'opérations sophistiquées où « les "petits contrats" du Code civil, autrefois cantonnés à la sphère de l'amitié prennent ici leur revanche et deviennent l'instrument d'opérations de masse organisées dans une perspective professionnelle »¹¹⁸. C'est également l'intention des parties qui s'en trouverait bafouée. Si en effet celles-ci entendaient conclure sans délai, le choix de la promesse synallagmatique, ou du contrat de vente lui-même, s'imposerait. Cette

ignorance des intentions ressort de façon plus criante lorsque le recours aux promesses « croisées » a lieu pour les besoins d'un montage contractuel afin de permettre aux parties de dénouer leur relation. C'est en effet une fois l'opération conçue et consommée – ce qui suppose l'écoulement du temps – que les parties envisageront de mettre un terme, convenu et élaboré, à leur relation. Où l'on voit que la requalification des mêmes promesses en promesse synallagmatique est juridiquement contestable, structurellement injustifiable¹¹⁹, et conduit à s'interroger sur la teneur du travail d'interprétation.

2. Un travail d'interprétation à méditer.

Ainsi que nous l'avons exposé précédemment, le juge, loin d'être lié par les textes dans son travail d'interprétation de la volonté des parties, doit conduire ses recherches dans un contexte global, lorsque l'opération contractuelle, complexe et structurée, répond à une volonté précise des parties. Car, « tout en prenant acte de l'existence de mécanismes juridiques », il est nécessaire de « s'appuyer sur leur fonctionnalité économique pour en mesurer la portée réelle »¹²⁰. Tel est précisément le cas en matière de financements bancaires structurés, où le recours aux promesses unilatérales réciproques n'est qu'une composante d'un schéma global. Il faut donc en retenir que le juge, en s'attachant à percer l'intention des parties derrière le recours aux dites promesses, doit nécessairement identifier la « prestation caractéristique » de l'entier schéma concerné, celle en contrepartie de laquelle un paiement est dû. Or, lorsqu'un arrangeur bancaire est impliqué, cette prestation caractéristique sera constituée d'une opération purement bancaire, à savoir de conseil, de structuration et de financement. L'établissement de crédit ou, selon le cas l'entité ad hoc porteuse de l'actif, n'a pas pour objet social d'effectuer à titre habituel et lucratif de simples cessions de titres ou d'actifs par voie de promesses. Il s'agit, bien au contraire, d'offrir à son client une levée de fonds adéquate servie par une structuration complexe, que commande la haute valeur du ou des actifs concernés, et le légitime souci de protection des intérêts en présence. C'est donc bien la méthode anglo-saxonne dite « four corners approach » mise en œuvre dans le contexte de l'opération qui, dans un tel cas de figure, doit être retenue par le juge. « Dans la mesure où le contrat est l'habillage juridique de décisions économiques, c'est en fonction de son but économique que doit être précisée la portée de ses clauses »¹²¹. ■

À Félix Battesti

114. Art. 1589 : « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix. »

115. Voir en particulier A. Constantin, « Qualification de promesse synallagmatique appliquée à deux promesses croisées de vente et d'achat d'actions », loc.cit. – J. Moury, loc.cit.

116. L'illusion vient de ce que le bénéficiaire de l'option est, en sens inverse et parfois dans le même temps, tenu par les termes de la promesse que lui-même consent à celui qui lui offre une possibilité de conclure. Mais les deux rapports de droit, réciproques, sont nécessairement distincts, cloisonnés, de sorte que la contrainte inhérente à la promesse ne saurait se propager à l'option réciproquement offerte.

117. « Sous l'angle de l'échange des consentements – qui est la condition sine qua non de l'existence d'une vente, et de son avatar pré-contractuel – deux promesses croisées ne constituent pas nécessairement une promesse synallagmatique [...] il faut également qu'une offre rencontre une acceptation réelle, et qu'il y ait une concordance exacte entre l'une et l'autre. Or, la promesse de vente constitue un véritable contrat dont l'objet est de fixer une offre de vente pendant un délai convenu » : A. Constantin, op. cit., page 531.

118. D. Grillet-Ponton, art. précit., p. 332.

119. « L'offre d'achat fixée dans la promesse d'achat peut-elle valoir acceptation de l'offre de vente fixée dans la promesse de vente ? La réponse est évidemment négative et non seulement parce que l'on ne voit pas par quelle étrange alchimie une offre pourrait se transformer en acceptation, mais également et surtout en raison du droit d'option que les parties s'accordent mutuellement. L'existence d'options réciproques ... traduit au contraire la volonté des parties de s'accorder un délai pour accepter l'offre qui leur est faite... » A. Constantin, op.cit., p. 531

120. S. Braconnier, art. préc., p. 2100.

121. Y. Paclot, op. cit., n° 286.