

PROMESSE UNILATÉRALE ET PACTE DE PRÉFÉRENCE : DES DÉFINITIONS INOPÉRANTES

LA RÉFORME S'ENFERME DANS UN ENSEMBLE DE DÉFINITIONS ET RÉGIMES QUI, AU FINAL, POURRAIENT NE PAS CHANGER GRAND-CHOSE. DOMMAGE.



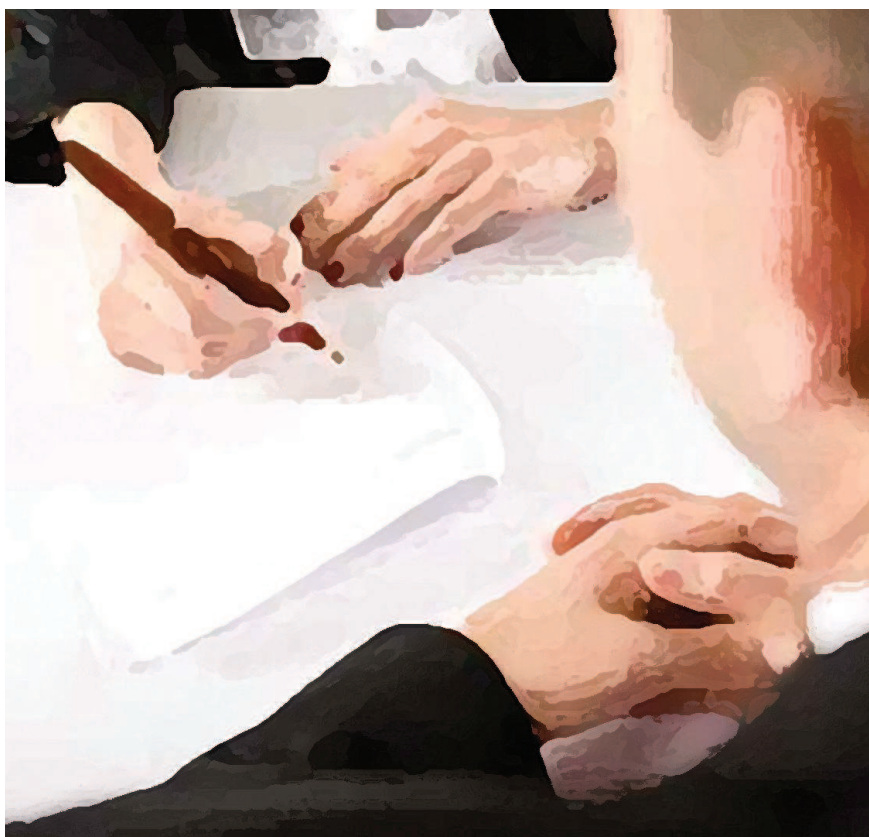
PAR DANIEL MAINGUY,
PROFESSEUR
À L'UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER I

Le projet de réforme du droit des obligations de la Chancellerie, tel qu'il a été diffusé fin 2013, présente plusieurs avantages, dont celui de proposer un ensemble de normes applicables à la négociation du contrat, notamment en matière d'offre, d'acceptation, concernant également la question des

conflits de conditions générales, celle de l'existence d'un devoir d'information, etc., ainsi qu'au sujet des problèmes spécifiques posés par la conclusion électronique des contrats, qui jusqu'à présent était déterminé par les décisions, assez rares finalement, de jurisprudence. Cette question est essentielle si on veut bien admettre que la négociation des contrats est une phase systématique; il y a toujours un «avant-contrat» à un contrat, même à un contrat préparatoire, et une période particulièrement pathogène. L'autre grand ajout consiste à proposer une définition et un régime pour deux contrats préparatoires : le

contrat de promesse unilatérale de contracter et le pacte de préférence, à propos desquels une querelle majeure oppose la doctrine et la jurisprudence, d'une constance assez rare sous la tempête, depuis l'affaire «Cruz» de 1993(10).

Rappelons, à qui l'aurait omis, que l'essentiel du débat repose sur la question de la rupture de l'un de ces contrats, ou de sa non-exécution, que l'on désigne par la formule d'une «rétractation», soit que le promettant décide de mettre fin directement au contrat de promesse unilatérale, souvent conclu pour une durée déterminée, ou indirectement en concluant le contrat promis avec un tiers, mais également la question de la sanction de cette rupture, avec le problème de l'exécution forcée en nature de la promesse et l'éventuelle substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers. S'agissant du contrat de promesse de contracter, la norme applicable repose aujourd'hui sur sa considération comme un contrat autonome du contrat promis, en sorte que la volonté exprimée par le promettant dans ce contrat n'est pas celle du contrat promis. Dès lors, la «rétractation» de cette promesse n'est pas susceptible d'exécution forcée en nature (du contrat promis), autrefois parce que l'obligation du promettant était considérée comme une simple obligation de faire qui se résout en dommages et intérêts, et depuis 2011 parce que le consentement au contrat promis n'est pas réalisé. S'agissant du pacte de préférence, la question était essentiellement celle de la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers : le contrat conclu avec le tiers, qui est le contrat (équivalent au contrat promis) effectivement conclu et exécuté, peut-il être considéré comme annulable de telle manière que le bénéficiaire le «remplace», réalisant ainsi une forme d'exécution forcée en nature? La jurisprudence posait deux conditions : le fait que le tiers connaissait l'existence



NOTES

(10) Nous renvoyons aux références indiquées par notre collègue Bertrand Fages, en ajoutant toutefois une de nos contributions : À propos de «l'affaire de la rétractation de la promesse de vente», JCP G 2012, n° 27, 808.

du pacte de préférence (ou de la promesse) et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, conditions répétées en 2006, ce qui pouvait fonctionner dans des circonstances particulières, par exemple entre associés ou dans les contrats de distribution, ou encore dans des situations immobilières particulières, de famille par exemple, comme la Cour de cassation l'avait positivement retenu en 2011.

L'essentiel de la critique doctrinale, parfois virulente, reposait sur le problème de la rétractation de la promesse de contracter, considérée comme efficace par les juges, contre la grande majorité de la doctrine. Il était assez curieux toutefois de lire des considérations faisant des propositions doctrinales la norme, contre lesquelles les juges se seraient heurtés, provoquant un « revirement » de jurisprudence en 1993. Au-delà des observations en termes de « source de droit » ou de description des normes juridiques, la portée de la critique doctrinale est considérable : depuis le projet « Catala », tous les projets de réforme indiquent vouloir codifier à droit constant, à quelques exceptions près, dont celles des promesses de contracter et des pactes de préférence.

Le projet de réforme propose en premier des définitions. C'est un exercice périlleux, souvent vain d'ailleurs et qui n'est pas toujours efficace : la définition du contrat de vente (C. civ., art. 1582) et celle du contrat de louage (C. civ., art. 1701) sont des exemples frappants d'inefficacité normative.

Le projet propose d'abord une définition du contrat de promesse unilatérale : « *La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, consent à l'autre, le bénéficiaire, pendant un certain temps, d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés* ». Cette définition présente l'avantage de mettre l'accent sur le bénéficiaire : celui-ci dispose d'un droit option. Le contrat est analysé comme un contrat d'option. Notre contradicteur considère comme une évidence que la définition aurait dû considérer que le promettant donne alors son consentement définitif au contrat. Or, cela ressort si peu de l'évidence que la juris-

prudence ne l'a pas reconnu, et ce depuis 1993. En toute hypothèse, on peut considérer que tant la doctrine critique de la jurisprudence actuelle que celle qui la loue peuvent se rejoindre autour de cette définition.

Le pacte de préférence fait également l'objet d'une définition : « *Le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle se déciderait de contracter* ». La définition est ici plus discutable, d'abord parce que rien n'est précisé s'agissant du contrat préparé. Est-ce un type de contrat déterminé ? L'objet et le prix doivent-ils être déterminés ? La définition est d'autant plus inutile que les « pactes » de préférence sont utilisés dans des situations très diverses, par exemple comme des contrats de priorité d'offre, de durée indéterminée, parfois très longue, pour des ventes d'immeuble comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de 2006, ou dans de véritables contrats de préemption comme dans les réseaux de distribution, d'ailleurs si difficiles ensuite à apprécier.

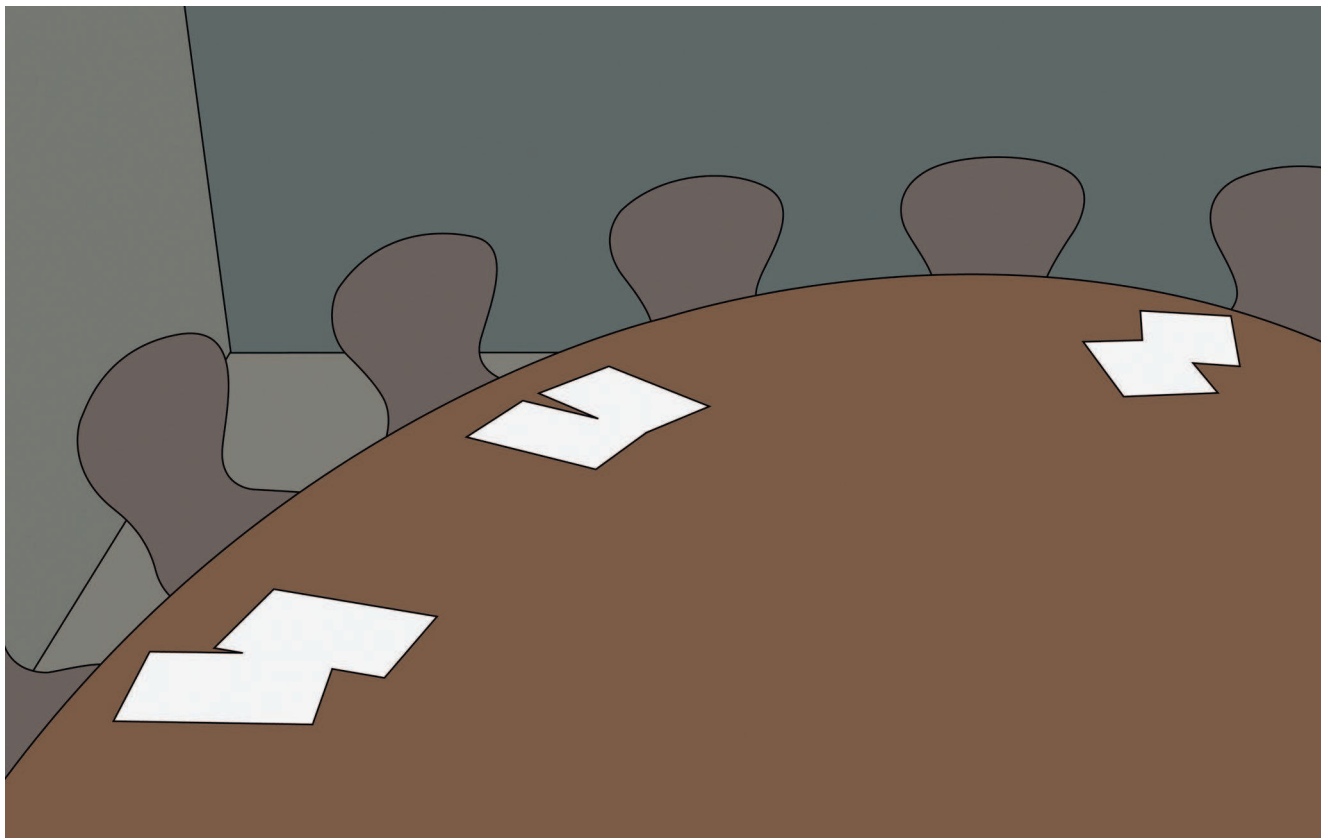
La nouveauté repose dans les effets de ces contrats et notamment dans la solution consistant à proposer l'« efficacité » de ces contrats, et notamment de la promesse, c'est-à-dire à contrer les solutions jurisprudentielles qui, aujourd'hui, déterminent la norme applicable à ces contrats.

En effet, l'alinéa 2 de l'article 24 du projet propose la formule suivante : « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ne peut empêcher la formation du contrat promis* » et l'alinéa 3 que « *le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* ». On retrouve une formule voisine dans l'alinéa 2 de l'article 25 du projet : « *Lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers qui en connaissait l'existence, le bénéficiaire peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu (...)* ».

De nature à satisfaire les détracteurs de la jurisprudence, ces formules ne sont peut-être pas aussi exemptes de failles qu'on voudrait bien le penser.

En premier, un argument de simple description : voilà vingt ans que la doctrine considère que la définition et le régime de la promesse de contracter sont ceux proposés dans le projet, et pourtant, la jurisprudence retient un régime alternatif : la rétractation de la promesse est efficace, le consentement donné au contrat de promesse n'est pas celui du contrat promis. Les raisons de cette solution reposent sur la considération, d'une part, qu'il n'existe pas, ou presque pas, de contrat qui soit si irrévocable qu'il emprisonne la volonté d'un contractant en sorte qu'on pourrait forcer son consentement et, d'autre part, que les situations véritablement préjudiciables au bénéficiaire sont rares : l'hypothèse d'un bien unique, d'un ensemble de titres conférant une majorité, un fonds de commerce déterminé, etc., alors que l'exemple d'école de la promesse unilatérale de vente laisse le bénéficiaire face à sa capacité d'achat intacte, avec quelques indemnités qui pourraient d'ailleurs croître soit sur la base d'une clause pénale, soit par la considération du préjudice de frustration du bénéficiaire, tandis que le promettant a augmenté la valeur de la chose vendue, tout comme le tiers (et son banquier, son assureur, son notaire, le fisc, etc.).

Ensuite, les termes retenus : la « révocation » de la promesse, terme qui n'est guère plus explicite que la « rétractation », ne peut empêcher la formation du contrat promis. Il s'agit très exactement du contraire de la solution rendue en 2011. Cette révocation est-elle inefficace en toute circonstance, y compris lorsque le « temps laissé » est indéterminé ? Certainement pas. La règle nouvelle suggère que la « révocation », qui est une forme de résiliation de la promesse, crée un exemple légal dans lequel cette résiliation serait considérée comme inexistante ou nulle et donc que le promettant pourrait être contraint à exécuter le contrat promis : ce n'est donc pas l'inexécution du contrat préparatoire qui est sanctionnée, c'est l'exécution du contrat promis qui serait contrainte. Dans l'hypothèse d'une vente, la rétractation ne pourrait donc empêcher la conclusion du contrat promis, mais qu'en est-il si le contrat a été conclu avec un tiers ? L'alinéa 3 de l'article 24



du projet n'est qu'apparemment utile : le contrat est nul, mais uniquement si le tiers connaissait l'existence de la promesse (et la jurisprudence ajoutera sans doute, comme pour l'alinéa 2 de l'article 25, qu'il faudrait que le tiers ait connu en outre l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir). Si le tiers ne connaissait pas l'existence de la promesse et que le promettant rétracte la promesse, on se retrouve dans une situation complexe : les conditions de la nullité de la promesse ne sont pas rassemblées, la rétractation par le promettant n'empêche pas la formation du contrat promis, mais il l'a déjà été avec un tiers de bonne foi, lequel prime le second contractant, surtout s'il s'agit d'une vente. Là se trouvent sans doute les limites du raisonnement voulant, à tout prix, forcer la logique d'un raisonnement jurisprudentiel dont on peut considérer, malgré les critiques, qu'il n'est ni dogmatique ni irréfléchi. S'agissant du pacte de préférence, on voit bien que le rédacteur a été guidé par l'idée que la jurisprudence de 2006 concernait surtout le pacte de préférence, surtout au regard de la situation particulière du tiers qui, dans le projet, peut interroger le bénéficiaire dans un délai rai-

sonnable, tout en prévoyant qu'une « mention » doit prévoir qu'à défaut de réponse, le bénéficiaire perd toute action contre le tiers, et une réserve en cas de clause de confidentialité, mélangeant finalement des situations de négociations de vente d'immeuble et de contrats d'affaires sophistiqués. Dans le même temps, c'est peut-être assez vain : pourquoi ne pas demander plutôt au promettant, de manière systématique, de renseigner le tiers sur l'existence d'un pacte de préférence ? On ne voit pas bien pourquoi le bénéficiaire devrait supporter les conséquences, par son silence, de la violation du pacte par le promettant.

En outre, et en admettant que les articles 24 et 25 du projet soient retenus, on retrouvera un débat judiciaire autour de l'autorité de ces règles, face à des clauses inversant les solutions supplétives aujourd'hui proposées : aux clauses pénales ou d'exécution forcée visant à contraindre le promettant volage, répondront des clauses de dédit (éventuellement gratuites) ou de rétractation, ou des clauses excluant toute exécution forcée en nature en cas de rétractation, voire des clauses

d'alignement sur une meilleure offre associées à des formules de premier refus, des clauses d'information de négociation parallèle, etc., toutes choses d'ailleurs déjà largement utilisées dans des négociations lourdes.

On peut donc considérer que le projet ne résout finalement pas la question, majeure, dans laquelle un promettant, dans une promesse unilatérale de contracter ou un pacte de préférence, choisit de conclure le contrat préparé avec un tiers, de bonne foi, pour un prix ou un avantage supérieur (plus la dette future d'indemnisation au bénéficiaire) à celui qui aurait été le résultat de l'exécution normale et spontanée du contrat préparé, laissant donc entier le « droit de réaliser une bonne affaire » pour le promettant. C'est donc davantage du côté du coût de cette violation pour le promettant, en termes de clauses adéquates ou de réparation du préjudice réellement subi par le bénéficiaire, qu'il aurait peut-être fallu se plonger, plutôt que de s'enfermer dans un ensemble de définitions et régimes qui, au final, pourraient (nous verrons bien si le projet est adopté et les premières décisions rendues) ne pas changer grand-chose. ■