COURS THEORIE GENERALE DU DROIT PRIVE
M2 Droit privé général
Université Paris I Panthéon Sorbonne 2021-2022
Pr. D. Mainguy

LA JURISPRUDENCE ET LE DROIT PRIVE
(à travers les exemples de la jurisprudence sur la GPA et la promesse unilatérale de vente)

Exemples jurisprudentiels II PUV:

Cass. 3e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199. - D. 1994, p. 507, note F. Bénac-Schmidt ; D. 1994, somm. p. 230, obs. O. Tournafond ; D. 1995, somm. p. 87, obs. L. Aynès ; JCP G 1995, II, 22366 , note D. Mazeaud ; Defrénois 1994, p. 795, obs. Ph. Delebecque
Cass. civ. 3è 26 juin 1996, n°94-16.326, Defrénois 1996. 36434, obs. D. Mazeaud, RJDA 1996. 636, rapp. D. Pronier, LPA 30 mai 1997, p. 27, note B. Bévière.
Cass. 3e civ., 27 mars 2008, n° 07-11.721, Sté Ogic c/ Sté Foncière Costa.
Cass. civ. 3e, 8 sept. 2010, D. 2011. 477, obs. S. Amrani Mekki ; D. 2011, p. 2838, RTD civ. 2010. 770, obs. B. Fages ; Defrénois 2010. 2123, obs. L. Aynès ; RDC 2011. 153, obs. Ph. Brun.
Civ. 3e, 11 mai 2011, n° 10-12.875, D. 2011. 1457, note D. Mazeaud, 1273, édito. F. Rome, 1460, note D. Mainguy, 2679, chron. I. Goanvic, et 2012. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; AJDI 2012. 55, obs. F. Cohet-Cordey ; RTD civ. 2011. 532, obs. B. Fages ;
Com. 13 sept. 2011, n° 10-19.526, D. 2012. 130, note A. Gaudemet, 231, chron. N. Molfessis, et 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; Rev. sociétés 2012. 22, note B. Fages ; RTD civ. 2011. 758, obs. B. Fages ; RTD com. 2011. 788, obs. B. Bouloc.
Cass. soc. 21 Sept. 2017, n° 16-20.103 et n° 16-20.104, D. 2017. 2289, note B. Bauduin et J. Dubarry, 2007, note D. Mazeaud, 2018. 371, obs. M. Mekki, et 435, obs. S. Karaa ; JA 2017, n° 570, p. 41, étude J. Marfisi, et 2018, n° 572, p. 39, étude J.-F. Paulin et M. Julien ; AJ contrat 2017. 480, obs. C.-E. Bucher ; Dr. soc. 2018. 170, étude R. Vatinet, et 175, étude Y. Pagnerre; RDT 2017. 715, obs. L. Bento de Carvalho ; JS 2017, n° 180, p. 8, obs. X. Aumeran; RTD civ. 2017. 837, obs. H. Barbier.
Cass. civ. 3e, 6 déc. 2018, n° 17-21.170, D. 2019. 300, 279, obs. M. Mekki, 298, avis contraire P. Brun, et 301, note crit. M. Mekki ; JCP E 2019, 1109, note D. Mainguy, AJDI 2019. 154; AJ contrat 2019. 94, obs. D. Houtcieff; RTD civ. 2019. 317, obs. H. Barbier; RTD com. 2019. 398, obs. A. Lecourt; RDC 2019. 22, note crit. Y.-M. Laithier.
Cass. civ. 3e, 17 oct. 2019, n° 19-40.028 QPC, P III; D. 2019. 2037; D. 2020. 353, obs. M. Mekki ; RTD civ. 2019. 851, obs. H. Barbier
Cass. civ. 3ème, 23 juin 2021 n°20-17.554, D. 2021, p. 1574, note L. Molina, JCP G 2021, 1252, note Ph. Pierre, JCP E 2021 (à paraître) note D. Mainguy

Vente - Tant que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente n'a pas déclaré acquérir, l'obligation du promettant ne constitue qu'une obligation de faire - Commentaire par Denis MAZEAUD

Document: La Semaine Juridique Edition Générale n° 4, 25 Janvier 1995, II 22366

La Semaine Juridique Edition Générale n° 4, 25 Janvier 1995, II 22366

Tant que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente n'a pas déclaré acquérir, l'obligation du promettant ne constitue qu'une obligation de faire

Commentaire par Denis MAZEAUD Professeur à l'Université de Paris XII

Accès au sommaire

Tant que les bénéficiaires d'une promesse de vente n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir.

Promesse unilatérale de vente

Bénéficiaire

Déclaration d'acquisition (non)

Promettant

Obligation

Nature

Obligation de faire Cass. 3e civ., 15 déc. 1993 ; Cts Cruz c/ Mme Godard.

LA COUR ; - (...) Sur le moyen unique :
Attendu, selon l'arrêt attaqué (CA Paris, 8 nov. 1990), que Mme Godard, qui avait consenti, le 22 mai 1987, aux consorts Cruz une promesse de vente d'un immeuble, valable jusqu'au 1er septembre 1987, a notifié aux bénéficiaires, le 26 mai 1987, sa décision de ne plus vendre ; que les consorts Cruz, ayant levé l'option le 10 juin 1987, ont assigné la promettante en réalisation forcée de la vente ;

Attendu que les consorts Cruz font grief à l'arrêt de les débouter de cette demande, alors, selon le moyen, que, dans une promesse de vente, l'obligation du promettant constitue une obligation de donner ; qu'en rejetant la demande des bénéficiaires en réalisation forcée de la vente au motif qu'il s'agit d'une obligation de faire, la cour d'appel a ainsi violé les articles 1134 et 1589 du Code civil ;

Mais attendu que la cour d'appel, ayant exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, le moyen n'est pas fondé ;

Rejette le pourvoi (...) .

MM. Beauvois, Prés., Cathala, Rapp., Sodini, Av. gén. ; Me Roger, Av.

Note.

- **1.** - Colonne du temple contractuel, l'article 1134, alinéa 1er, du Code civil vient de subir, en raison de l'arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation le 15 décembre 1993[Note 1], un coup de boutoir propre à le faire vaciller.

Alors qu'il était engagé dans les liens d'un contrat de promesse unilatérale de vente, un promettant avait promptement rétracté son consentement. Croyant, bien naïvement, que le principe de la force obligatoire avait encore droit de cité dans notre droit contractuel, les bénéficiaires de la promesse, après avoir levé l'option dans le délai contractuellement prévu, avaient assigné le promettant en réalisation forcée de la vente promise.

Leur invraisemblable audace (pensez ! S'il faut maintenant donner raison à un contractant qui invoque le respect de la parole donnée !) fut "châtiée" par les juges du fond qui les déboutèrent.

Et comme ces plaideurs impénitents s'entêtaient, la Cour de cassation entonnant un hymne vibrant à la liberté contractuelle (la liberté de ne pas exécuter son obligation), leur tint, à peu près, ce langage :

- Primo, tant que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente n'a pas levé l'option, l'obligation du promettant ne constitue qu'une obligation de faire.

- Secundo, la levée de l'option, lorsqu'elle intervient après la rétractation du promettant, exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir.

Résumons : en cas de promesse de vente, l'intérêt de l'option et la formation de la vente promise dépendent, durant le délai d'option, de la volonté exclusive du promettant.

2. - Liberté, liberté chérie...

Que les auteurs d'ouvrages relatifs au droit des obligations qui osent, pour décrire l'évolution du droit des contrats, affirmer que la liberté contractuelle est en déclin retournent à leurs chères études. Désormais, les conventions, plus précisément les contrats tiennent de loi à ceux qui les... respectent !

Que la pratique notariale, car il se dit que certains notaires pratiquent encore, les inconscients, la promesse unilatérale de vente, fasse passer le message dans les études : la vitalité de la promesse unilatérale dépend désormais du bon vouloir du promettant. Nul doute que, désormais, le compromis va envahir... Paris !

3. - Plus sérieusement, qu'il nous soit permis de mettre en doute, après d'autres [Note 2], les vertus de l'arrêt précité auquel, nous semble-t-il, il est concevable de reprocher non seulement l'inexactitude de la motivation **(I)** mais encore l'inopportunité de la solution **(II).**

I. - L'INEXACTITUDE DE LA MOTIVATION

4. - Inexacte, la motivation de l'arrêt l'est, d'une part, au regard de la situation juridique du promettant **(A),** d'autre part, au regard du champ d'application de l'exécution forcée **(B).**

A. - Au regard de la situation juridique du promettant

5. - Affirmer, comme le fait la Cour de cassation, que l'engagement souscrit par le promettant constitue une obligation de faire révèle un goût immodéré pour l'archaïsme. Depuis près d'un demi-siècle, en effet, la doctrine après la démonstration décisive de Louis Boyer [Note 3], a montré de façon irréfutable que l'obligation engendrée par le contrat de promesse unilatérale de vente n'était pas une obligation de faire : "On ne saurait dire (...) que le titulaire de l'option a le droit d'exiger de l'autre partie la réalisation du contrat : c'est de sa volonté, et d'elle seule, que dépend la formation de ce dernier" [Note 4]. Et, en effet, une fois la promesse conclue, le promettant n'est pas débiteur d'une obligation de faire, il lui reste uniquement à exécuter la vente promise, à laquelle il a définitivement consentie, dès que le bénéficiaire aura levé l'option. Et comme l'a très judicieusement précisé M. Collart Dutilleul "(...) , le maintien de la promesse concerne l'exécution du contrat : c'est le propre de tout contrat que d'être exécuté et ce serait pur artifice que de prendre pour objet d'une obligation de faire cette exécution que l'article 1134 suffit à justifier" [Note 5].

6. - D'ailleurs, et l'artifice de l'analyse de la Cour de cassation apparaît encore plus nettement, l'obligation de faire implique nécessairement une prestation positive à accomplir. Or, ce qui caractérise la situation du promettant, une fois la promesse conclue, c'est la passivité. Il en est contractuellement réduit à attendre la décision du bénéficiaire quant à la vente promise [Note 6].

Reste alors à déterminer en quoi consiste la situation juridique du promettant et, plus utilement encore, les effets de la promesse.

Plusieurs thèses ont été développées à ce sujet : obligation de ne pas faire souscrite par le promettant pour certains [Note 7] ; obligation de donner à la charge de celui-ci pour d'autres [Note 8] ; rejet de toute référence à un quelconque droit de créance du bénéficiaire contre le promettant et recours à la notion de droit potestatif pour d'autres encore [Note 9].

La controverse n'est pas close et il serait irréaliste et prétentieux, dans une étude qui se veut brève, de se prononcer pour l'une ou l'autre opinion. En revanche, il paraît difficilement contestable que l'analyse retenue par la Cour de cassation, qui fait fi des réflexions doctrinales pourtant extrêmement raffinées avec une certaine désinvolture, est inexacte tout comme l'est son attachement, implicite, à une conception dépassée du domaine de l'exécution forcée.

B. - Au regard du champ d'application de l'exécution forcée

7. - Même si on se résout à absoudre la Cour de cassation de l'inexactitude de son analyse concernant la situation juridique du promettant, force est de constater que sa motivation doit, en outre, être dénoncée sur le terrain de l'exécution forcée.

Les juges du fond avaient rejeté la demande du bénéficiaire en s'appuyant sur l'objet de l'obligation du promettant : obligation de faire qui, en tant que telle, n'est pas susceptible d'exécution forcée.

Certes, la cour n'a pas explicitement repris cette analyse à son compte mais, en rejetant le pourvoi qui la contestait, elle ne l'a pas condamnée non plus.

Est-il besoin de rappeler le caractère suranné de cette appréhension du champ d'application de l'exécution forcée ? Chacun est censé savoir que, quelle que soit l'obligation qu'il a souscrite, le débiteur défaillant peut être contraint par son créancier à l'exécuter [Note 10]. Comme l'a souligné M. Mestre [Note 11], "la jurisprudence a progressivement mis entre parenthèses les termes de l'article 1142 pour faire du droit à l'exécution forcée le principe (...) ". Et l'obligation de faire n'échappe pas à ce "triomphe de la loi contractuelle" [Note 12], si ce n'est le cas dans lequel "la liberté individuelle du débiteur paraît aux yeux du juge plus forte encore que le droit du créancier" [Note 13] ou celui dans lequel le droit d'un tiers de bonne foi ne peut être sacrifié.

Appliqués à la promesse de vente, ces principes qui régissent le droit à l'exécution forcée expliquent, d'une part, que le bénéficiaire qui, après avoir levé l'option, se heurte à la résistance du promettant, peut agir en exécution forcée de la vente promise [Note 14] ; d'autre part, que le droit du bénéficiaire doit céder face à celui du tiers acquéreur de bonne foi auquel le promettant, en dépit de la promesse, a vendu le bien promis [Note 15].

En revanche, ces mêmes principes ne sont pas conciliables avec la solution donnée par l'arrêt commenté. Rien ne justifie que le bénéficiaire doive faire son deuil de l'exécution de la vente lorsque le promettant s'est rétracté avant l'expiration du délai d'option.

8. - Pour justifier cette exclusion de l'exécution forcée, la Cour de cassation affirme que la rétractation du promettant excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir.

Une telle affirmation trahit une appréhension hasardeuse du contrat de promesse unilatérale de vente. En effet, il nous semble, tout au contraire, que la rétractation du promettant pendant le délai d'option n'exerce aucune influence sur la formation de la vente promise. Dès la conclusion du contrat de promesse, le promettant a, d'ores et déjà donné son consentement à la vente, consentement définitif et irrévocable. La formation de la vente promise ne dépend plus alors que d'une condition : la levée de l'option. Condition nécessaire et suffisante ; la conclusion de la vente est, en raison de la promesse, indépendante de toute manifestation de volonté future du promettant. Elle est exclusivement subordonnée à l'expression du consentement du bénéficiaire. Par conséquent, la perfection de la vente promise est, non seulement, exclusive de toute nouvelle manifestation de volonté positive du promettant, qui n'a pas à réitérer un consentement déjà définitivement donné, mais encore, imperméable à une manifestation de volonté négative de ce même promettant.

En bref, en raison de la promesse, la volonté du promettant est fixée, figée une fois pour toutes. Elle n'a pas à être exprimée de nouveau ; elle ne peut pas non plus être modifiée. Par conséquent, en dépit de la rétractation du promettant, il y a bien rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir puisque seule celle du bénéficiaire restait libre de se manifester et que la vente promise ne supposait plus, pour sa conclusion, que l'expression de sa volonté d'acquérir.

La rétractation du promettant ne fait donc pas obstacle à la conclusion de la vente promise puisque celle-ci est formée par la seule volonté du bénéficiaire ; elle s'oppose uniquement, et provisoirement, à l'exécution de la vente.

On l'a compris, par l'effet de la promesse de vente, le promettant, s'il reste propriétaire jusqu'à la levée de l'option, est déjà considéré comme vendeur. Sa volonté n'a donc désormais plus aucune prise sur la formation de la vente promise ; tout au plus, peut-elle contrarier son exécution mais un tel comportement fautif du promettant ne saurait faire échec au principe de la force obligatoire du contrat et donc à l'action en exécution forcée de la vente.

9. - Parce qu'elle fait dépendre l'exécution de la vente promise de la volonté du promettant, la décision de la Cour de cassation peut difficilement échapper à la critique. Critique justifiée en raison de l'inexactitude de l'analyse qui sous-tend la motivation de l'arrêt et de l'inopportunité de la solution qui en découle.

II. - L'INOPPORTUNITÉ DE LA SOLUTION

10. - L'arrêt rendu paraît totalement inopportun et cela, qu'on l'envisage au regard de la sécurité juridique **(A),** ou de la spécificité de la promesse unilatérale de vente **(B).**

A. - Au regard de la sécurité juridique

11. - Inutile d'insister sur le coup porté par la Cour de cassation à la vitalité de la promesse unilatérale de vente. En permettant au promettant d'anéantir l'option du bénéficiaire selon son bon vouloir, la cour prive

le contrat de promesse unilatérale de la plus élémentaire sécurité. A quoi bon, en effet, être doté d'une option si la pérennité de celle-ci dépend de la volonté du promettant, libre de décider du sort de la vente promise. Au fond, désormais, la promesse unilatérale se caractérise, non seulement, par la liberté d'acquérir du bénéficiaire, mais encore, par la liberté d'exécuter la vente du promettant. Autant dire que cette liberté réciproque pendant le délai d'option ôte à la promesse unilatérale de vente tout intérêt.

12. - Au surplus, cette solution est en parfaite inadéquation avec le droit positif de la promesse unilatérale de vente. D'abord, elle frappe de caducité la règle unanimement admise selon laquelle la levée de l'option produit effet à condition qu'elle ait lieu pendant le délai contractuellement prévu. Désormais, il faut en outre que le promettant ne soit pas revenu sur son engagement d'exécuter la vente pendant ce même délai ! Ensuite, elle rend inutile la règle en vertu de laquelle le bénéficiaire peut obtenir la nullité de la vente conclue par le promettant avec un tiers de mauvaise foi comme l'a relevé M. Tournafond [Note 16], pour éviter qu'une telle vente soit dorénavant anéantie, il suffira, au préalable, que le promettant rétracte son consentement. Autant dire que la Cour de cassation fait, grâce à son arrêt, la part belle à la fraude et à la mauvaise foi. Enfin, la cour opère une distinction totalement infondée entre les sanctions infligées au promettant selon qu'il se rétracte après que l'option aura été levée ou avant que celle-ci ait eu lieu. Du moment que le bénéficiaire lève l'option en temps utile, le principe de la force obligatoire du contrat doit jouer à plein. Pendant le délai d'option, la situation du promettant est une et indivisible : il est irrévocablement engagé dans les liens de la vente promise et seule la volonté du bénéficiaire a le pouvoir de sceller ou de desceller de tels liens.

C'est peu de dire que l'arrêt commenté est incompatible avec les solutions traditionnellement admises. Mais même si l'on peut espérer que cette décision ne soit pas irréversible, il convient d'imaginer les parades propres à atténuer ses effets néfastes sur la sécurité du contrat de promesse.

13. - Puisque la rétractation du promettant constitue une inexécution illicite de la vente promise, on pourrait, en premier lieu, penser à stipuler dans la promesse une clause pénale destinée à sanctionner lourdement cette fraude. Le procédé, outre sa vertu comminatoire, présenterait l'avantage d'évaluer forfaitement les dommages-intérêts dus au bénéficiaire. Car, inutile de le préciser, la rétractation du promettant entraîne sa responsabilité contractuelle mais le bénéficiaire peut légitimement craindre que cette seule perspective, en raison des incertitudes qui entourent l'évaluation judiciaire du préjudice, soit insuffisamment dissuasive. D'où l'intérêt de prévoir une clause pénale fixant une forte sanction pécuniaire.

Mais cette parade n'est pas, elle-même, imparable, puisque si la peine fixée est manifestement excessive eu égard au montant du préjudice, le promettant pourra obtenir du juge qu'il la révise sur le fondement de l'article 1152, alinéa 2, du Code civil.

14. - Aussi, peut-on préférer le mécanisme de la clause de dédit pour, suprême paradoxe, injecter un peu de sécurité dans la promesse ! En vertu de cette clause, le promettant peut, en effet, se délier librement de son engagement, autrement dit, ne pas exécuter la vente promise, à charge pour lui de verser un dédit au bénéficiaire. Au fond, par l'insertion d'une telle clause, il s'agit d'autoriser contractuellement le promettant à se rétracter, autrement dit de lui permettre d'échapper à l'exécution forcée malgré l'inexécution de la vente.

L'intérêt de cette anticipation contractuelle nous paraît, au regard de l'arrêt commenté, indiscutable dès lors qu'on prendra la précaution de fixer un dédit suffisamment élevé pour que le promettant y regarde à deux fois avant de se dédire.

L'avantage d'un tel procédé est que le dédit fixé dans la clause devra être intégralement versé par le promettant quelle que soit son importance et quel que soit le montant du préjudice effectivement subi par le bénéficiaire. En effet, le dédit ne constitue point la réparation du préjudice subi en raison de l'inexécution, il est simplement le prix du droit au regret, du droit de repentir contractuellement accordé au promettant. Dès lors, il exclut tout aléa inhérent à l'évaluation judiciaire du préjudice. Par ailleurs, et c'est

en cela que, dans l'intérêt du bénéficiaire, il est plus avantageux qu'une clause pénale, le promettant ne peut pas échapper à son paiement intégral en réclamant sa réduction sur le fondement de l'article 1152, alinéa 2, du Code civil. En effet, la Cour de cassation réserve l'application de ce texte aux seules clauses pénales [Note 17]. Or, la clause de dédit n'est pas une clause pénale puisque celle-ci a pour cause la garantie de l'exécution de l'obligation souscrite par le débiteur, tandis que celle-là a pour cause la liberté d'une telle exécution [Note 18].

15. - En définitive, pour éviter au bénéficiaire les inconvénients de l'inexécution de la vente promise par le promettant, mieux vaut, contractuellement, en autoriser le principe et en prévoir les conséquences ! En somme, le monde à l'envers, mais la responsabilité en incombe à la Cour de cassation qui fragilise, par son arrêt, la promesse unilatérale de vente, et remet, en outre, en cause la spécificité de ce contrat.

B. - Au regard de la spécificité de la promesse unilatérale de vente

16. - Par son arrêt, la Cour de cassation aligne (abaisse devrait-on dire) le régime de la promesse unilatérale de vente sur celui de la simple offre de vente. En effet, lorsque l'offre a été émise avec un délai pour l'acceptation, la rétractation de l'offre avant l'expiration de ce délai, et avant l'acceptation, est constitutive d'une faute du pollicitant, sanctionnée par des dommages-intérêts. La solution de l'arrêt qui n'accorde au bénéficiaire que des dommages-intérêts lorsque le promettant a rétracté son consentement pendant le délai d'option entraîne donc, sur ce point, une assimilation "parfaite" du contrat de promesse unilatérale de vente à l'offre de vente. Inutile de dire que cette identité de régime, cette dégénérescence de la promesse unilatérale, sonne le glas de ce contrat en le privant de toute sécurité et, par conséquent, de toute utilité pratique.

D'autant plus que beaucoup d'auteurs, à propos de la rétractation de l'offre avant l'expiration du délai d'acceptation, enseignent que l'acceptation intervenue entre ces deux événements entraîne la formation du contrat (19).

La boucle est alors bouclée : le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente est dans une situation plus fragile que le destinataire d'une offre. On croit rêver !

Plaise à la cour que le réveil ne soit pas trop douloureux et qu'elle affirme le plus rapidement possible que le bon vouloir du promettant ne peut pas empêcher le bénéficiaire, qui exerce son droit d'option dans le délai contractuellement prévu, d'obtenir, comme le contrat de promesse lui en donnait la légitime certitude, la réalisation de la vente promise.

,

Note 1 D. 1994, somm. (Vente) p. 230, obs. O. Tournafond ; Defrénois 1994, art. 35845, note Ph. Delebecque. - V. aussi, M. Azencot, Promesse de vente et rétractation : AJPI 10 mai 1994, p. 351 s.
Note 2 Ph. Delebecque et O. Tournafond, notes préc.
Note 3 Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant-contrats : RTD civ. 1949, p. 1 s.
Note 4 Ibid. n° 27.
Note 5 Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, Sirey 1988, spéc. n° 231.
Note 6 En ce sens, F. Collart Dutilleul, op. et loc. cit. - B. Gross et Ph. Bihr, Contrats, t. I, Thémis 1993, spéc. p. 73.
Note 7 En ce sens, V. A. Bénabent, Droit civil, Les contrats spéciaux, Domat, Montchrestien 1993, spéc. n° 93. - F. Collart Dutilleul, op. cit., n° 227. - Contra L. Boyer, préc., n° 28. - B. Gross et Ph. Bihr, op. et loc. cit.
Note 8 En ce sens, V. P. Bloch, L'obligation de transférer la propriété dans la vente : RTD civ. 1988, n° 673, et spéc. n° 34.
Note 9 En ce sens, V. L. Boyer, préc. n° 27. - Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, Les contrats spéciaux, Cujas 1994/1995, spéc. n° 114. - I. Najjar, Le droit d'option ; contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatérale, LGDJ 1967, spéc. nos 19 s.
Note 10 En ce sens, V. l'article 1er, alinéa 1er, de la loi du 9 juillet 1991 sur les procédures civiles d'exécution.
Note 11 Le juge face aux difficultés d'exécution du contrat in Le juge et l'exécution du contrat, PUF Aix-Marseille 1993, p. 91 s.
Note 12 Spéc. p. 93.
Note 13 Ibid.
Note 14 En ce sens, V. L. Boyer : Rép. civ. Dalloz 1990, V° Promesse de vente, n° 231. - F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, Contrats civils et commerciaux, Précis Dalloz 1993, 2e éd., spéc. n° 76. - Cass. com., 10 juin 1976 : Bull. civ. IV, n° 190.

Note 15 Il en va autrement si le tiers acquéreur était de mauvaise foi. Dans ce cas, le bénéficiaire peut agir en nullité de la vente.
Note 16 Obs. préc.
Note 17 En ce sens, V. nos obs. ss Cass. 1re civ., 24 nov. 1993 : Defrénois 1994, art. 35845, n° 64.
Note 18 En ce sens, V. Cass. 3e civ., 9 janv. 1991 : D. 1991, p. 481, note G. Paisant.

Cass. civ. 3è 26 juin 1996, n°94-16.326

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 5 mars 1993), que, suivant un acte notarié du 18 avril 1988, Mme Y... a consenti à M. Le Fur, qui l'a acceptée, une promesse de vente portant sur un appartement, sous diverses conditions suspensives dont celle de l'obtention d'un prêt ; qu'il était stipulé à l'acte que l'option devait être levée au plus tard le 30 juin 1988 à 18 heures ; que, le 9 mai 1988, M. Le Fur a informé Mme Y... par deux lettres recommandées que le prêt ayant été obtenu, il levait l'option ; que Mme Y... a refusé l'un des courriers et n'est pas allée chercher le second ; que M. Le Fur l'a sommée de se rendre chez le notaire ; que, Mme Y... ayant refusé de signer l'acte de vente, M. Le Fur l'a assignée en réalisation forcée de la vente ;

Attendu que Mme Y... fait grief à l'arrêt d'accueillir cette demande, alors, selon le moyen, d'une part, que, tant que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente n'a pas déclaré acquérir, l'obligation du promettant ne constitue qu'une obligation de faire, et que la levée de l'option, postérieure à la rétractation du promettant, exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir ; qu'en se déterminant de la sorte, après avoir constaté que Mme Y... avait refusé de retirer les deux lettres recommandées qui lui avaient été adressées par M. Le Fur, le 9 mai 1988, pour lui faire savoir qu'il levait l'option, et que celui-ci lui avait, en conséquence, fait délivrer une sommation d'avoir à se présenter chez le notaire instrumentaire pour y signer l'acte authentique sans rechercher si la promettante n'avait pas, ainsi, signifié au bénéficiaire sa décision de revenir sur son engagement, et de ne plus vendre, bien avant la levée de l'option, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1589 du Code civil, ensemble l'article 1142 du même Code, d'autre part, qu'en retenant que le bénéficiaire avait " efficacement " levé l'option le 30 mai 1988, en l'étude de Me X..., notaire, de sorte que la vente était parfaite, après avoir constaté que la promettante s'y était, préalablement, et, à tout le moins, concomitamment, refusée à maintenir sa promesse, et qu'elle ne désirait plus vendre, la cour d'appel n'a pas tiré de ses propres constatations les conséquences légales qui s'en évinçaient nécessairement au regard des articles 1134 et 1589 du Code civil, ensemble l'article 1142 du même Code ;

Mais attendu qu'ayant relevé, sans avoir à procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée, que le délai de levée de l'option expirait à 18 heures le 30 juin 1988, la cour d'appel, qui a retenu que si Mme Y... avait alors refusé de signer l'acte de vente, M. Le Fur avait levé efficacement cette option, le même jour à 11 heures, en rencontrant Mme Y... chez le notaire, en présentant à cette occasion le chèque rédigé à l'ordre de ce dernier et en réitérant sa volonté de signer l'acte, en a exactement déduit que la vente était parfaite ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

Cour de cassation, Chambre civile 3, 27 Mars 2008 - n° 07-11.721
Décision
Cour de cassation
Chambre civile 3
27 Mars 2008
Cassation partielle sans renvoi
N° 07-11.721
LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :
Donne acte à la société Ogic du désistement de son pourvoi en ce qu'il est dirigé contre la société Brioni France, la société Axa banque, la société EII Equities limited, la société Milhac Reynis Haguel, la Selafa MJA, la société Catchband developpements limited et la société Glenside management limited ;
Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris,26 octobre 2006) que par acte notarié du 30 juillet 1999, la société Foncière Costa a consenti à la société Ogic une promesse unilatérale de vente portant sur un immeuble sis... à Paris et sur la commercialité attachée à l'immeuble sis au numéro 35 de la même avenue ; que la promesse expirait le 15 octobre 1999 avec stipulation d'une prorogation automatique jusqu'au 28 février 2000 et de deux conditions suspensives relatives à l'absence d'hypothèque et à la justification par la venderesse d'un titre de propriété incommutable sur le bien vendu ; que la société Ogic a renoncé à la première condition alors que la seconde s'est réalisée ensuite d'un arrêt du 3 janvier 2003 consacrant définitivement le droit de propriété de la société Foncière Costa ; que le 22 septembre 1999 les parties sont convenues de proroger la durée de la promesse jusqu'au 30 juin 2000 sauf à remplacer la délivrance d'une garantie de paiement à première demande par celle d'une caution fournie par la société Axa banque ; que par acte du 29 mars 2000 la société Foncière Costa a consenti une promesse synallagmatique de bail à la société Brioni portant sur l'immeuble sis ... ; qu'un bail commercial étant intervenu le 1er octobre 2000, la société Foncière Costa a refusé de signer l'acte authentique de vente avec la société Ogic ;
Sur le premier moyen :
Attendu que la société Ogic fait grief à l'arrêt de dire qu'elle n'avait pas levé l'option d'achat contenue dans la promesse unilatérale de vente du 30 juillet 1999, alors, selon le moyen :
1° / que la levée de l'option d'achat par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente n'est soumise à aucune condition de forme ; que le contrat de vente est formé dès lors que le bénéficiaire de la promesse a manifesté sa volonté de réaliser la vente, dans les conditions stipulées dans la promesse, que celle-ci soit ou non assortie de conditions suspensives ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que par conclusions en date du 17 septembre 1999, la société Ogic avait déclaré sa volonté de réaliser la vente de l'immeuble sis... ; qu'en jugeant toutefois que par ces écritures, la société Ogic n'avait pas levé l'option, mais avait seulement " confirmé qu'elle avait l'intention de réaliser la vente ultérieurement, lorsque les conditions suspensives seraient accomplies ", la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, violant ainsi l'article 1134 du code civil ;
2° / que le fait que la société Ogic ait cru bon, postérieurement à la levée de l'option de proroger la promesse ou d'indiquer aux services fiscaux qu'elle " envisageait d'acquérir l'immeuble " constituait autant d'actes ou diligences nécessairement dépourvus de toutes conséquences juridiques, en l'état d'une vente qui, par hypothèse, était déjà conclue, en sorte que la cour d'appel, qui se fonde sur ces faits ou événements pour nier l'existence d'une vente ferme, lesquels faits ou événements n'auraient pu utilement être pris en considération que si la volonté de la société Ogic

antérieurement exprimée de lever l'option avait été équivoque, se détermine par des motifs inopérants et, derechef, viole les articles 1134 et 1589 du code civil ;
Mais attendu qu'ayant souverainement retenu qu'aux termes de ses conclusions d'intervention signifiées les 17 septembre 1999 et 23 février 2000, dans le litige opposant la société Foncière Costa à son vendeur la société Paris participations, la société Ogic s'était bornée à solliciter qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle réitérait, si besoin était, sa volonté de réaliser la promesse de vente du 30 juillet 1999 et de payer le prix dès réalisation des conditions suspensives, qu'à la date de ces conclusions la société Foncière Costa ne détenait pas de titre de propriété sur les biens objet de la promesse de vente du 30 juillet 1999, qu'elle n'avait été utilement titrée qu'au jour de la publication du jugement du 15 décembre 1998, les 7 avril et 9 juin 2000, et le titre n'étant devenu irrévocable que par arrêt de la Cour de cassation du 31 mars 2005, que postérieurement à ces écritures, la société Ogic avait arrêté avec la venderesse des dispositions incompatibles avec une vente parfaite, consécutive à une levée d'option, la cour d'appel en a déduit que la société Ogic n'avait pas levé l'option mais avait seulement confirmé qu'elle avait l'intention de réaliser la vente ultérieurement ;
D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;
Sur le deuxième moyen :
Attendu que la société Ogic fait grief à l'arrêt de juger que le défaut d'exécution par la société Foncière Costa de son engagement de vendre ne pouvait se résoudre qu'en dommages-intérêts, alors, selon le moyen, que s'il est de principe que le manquement du promettant à son obligation de vendre l'immeuble objet d'une promesse unilatérale de vente constitue la violation d'une obligation de faire qui ne peut se résoudre, en application de l'article 1142 du code civil, que par l'allocation de dommages-intérêts, les parties ont la faculté de stipuler que par exception, la vente de l'immeuble pourra être exécutée de manière forcée sur décision de justice ; qu'en l'espèce, il résultait des termes clairs et précis de la promesse de vente du 30 juillet 1999 qu'en cas de carence du promettant, la vente de l'immeuble sis... pourrait intervenir sur décision de justice ; qu'ainsi les parties avaient expréssement convenu que le juge pourrait sanctionner par la réalisation judiciaire de la vente la carence du promettant à conclure la vente ; qu'en rejetant la demande de la société Ogic tendant à ce qu'il soit constaté que la vente de l'immeuble sis... soit réputée parfaite, au motif que les parties n'avaient pas stipulé que l'inexécution par la société Foncière Costa de sa " promesse ferme " de vendre se résoudrait par une voie autre que celle prévue par l'article 1142 du code civil, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de la promesse de vente du 30 juillet 1999, en violation de l'article 1134 du code civil ;
Mais attendu qu'ayant retenu que si les parties à une promesse unilatérale de vente étaient libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pouvait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente, force était de relever que les actes conclus entre la société Foncière Costa et la société Ogic n'avaient pas stipulé que l'inexécution par la société Foncière Costa de sa " promesse ferme " et de son " engagement ferme et définitif " de vendre se résoudrait par une autre voie que celle prévue à l'article 1142 du code civil, la cour d'appel, sans dénaturation, en a exactement déduit que la société Ogic n'était pas fondée à prétendre à une exécution en nature et que la société Foncière Costa devait réparer le dommage que l'inexécution de son obligation de vendre avait pu causer à la société Ogic ;
D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;
Mais sur le troisième moyen :
Vu l'article 1134 du code civil, ensemble l'article 1589 du même code ;

Attendu que pour constater, par motifs adoptés, la caducité de la promesse de vente consentie le 30 juillet 1999 par la société Foncière Costa à la société Ogic, l'arrêt retient, d'une part, que la rétractation de l'engagement de vendre souscrit par la société Foncière Costa est intervenue avant la levée de l'option par la société Ogic et, d'autre part, que le jugement du 26 juin 2002 est confirmé en ce qu'il a constaté la caducité de la promesse ;
Qu'en statuant ainsi, par des motifs contradictoires et sans tirer les conséquences légales de ses propres constatations, la cour d'appel a violé les textes sus-visés ;
Vu l'article 627 du code de procédure civile ;
Attendu que l'arrêt du 4 avril 2003 ayant fait l'objet d'un précédent pourvoi, rejeté par arrêt de la troisième chambre civile en date du 31 mars 2005, le pourvoi en ce qu'il est dirigé contre cet arrêt est irrecevable ;
Attendu qu'aucun grief n'est dirigé contre l'arrêt du 11 mars 2004 ;
PAR CES MOTIFS :
-déclare irrecevable le pourvoi en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 4 avril 2003 ;
-rejette le pourvoi en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 11 mars 2004 ;
CASSE ET ANNULE, par voie de retranchement mais seulement en ce qu'il a constaté la caducité de la promesse de vente consentie le 30 juillet 1999 par la société Foncière Costa à la société Ogic, l'arrêt rendu le 26 octobre 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;
DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Cass. civ. 3e, 8 sept. 2010

LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :
#1 Attendu, selon les arrêts attaqués (Pau, 21 octobre 2008 et 3 février 2009), que par acte sous seing privé du 30 mai 2005, M. et Mme X... ont consenti à la société Francelot, avec faculté de substitution, une promesse unilatérale de vente d'un terrain ; que la promesse était valable jusqu'au 22 avril 2006 et prorogeable ensuite deux fois par périodes d'un an à défaut de dénonciation par le promettant trois mois avant l'expiration de chaque délai ; que M. X... est décédé le 31 juillet 2006, laissant notamment pour lui succéder un héritier mineur, placé sous le régime de l'administration légale sous contrôle judiciaire ; que la société Conseil en bâtiment, substituée dans le bénéfice de la promesse, a levé l'option le 18 décembre 2007 ; que les consorts X... ayant refusé de régulariser la vente, la société Conseil en bâtiment les a assignés pour faire déclarer celle-ci parfaite ;
Sur le premier moyen, pris en ses trois premières branches :
#2 Attendu que la société de Conseil en bâtiment fait grief à l'arrêt de dire irrecevable sa demande tendant à faire constater la perfection de la vente, alors, selon le moyen :
1°/ que si les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées par l'article 122 du code de procédure civile, elles doivent en revanche nécessairement résulter d'un texte ; que l'article 389-6 du code civil, qui prévoit que, dans l'administration légale sous contrôle judiciaire, l'administrateur doit se pourvoir d'une autorisation du juge des tutelles pour accomplir les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec une autorisation, n'élève aucune fin de non-recevoir à une demande d'exécution forcée d'une vente faute d'autorisation du juge des tutelles ; qu'en opposant une fin de non-recevoir à la demande d'exécution forcée de la vente formée par la société de Conseil en bâtiment, la cour d'appel a statué en violation des articles 122 et 455 du code de procédure civile ;
#3 2°/ qu'aux termes de l'article 122 du code de procédure civile, constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut du droit d'agir ; qu'en opposant une fin de non-recevoir à la demande d'exécution forcée de la vente formée par la société Conseil en bâtiment pour défaut d'autorisation du juge des tutelles, cependant que cette société, comme elle l'observait dans ses écritures, n'avait nulle qualité pour obtenir une telle autorisation, la cour d'appel a privé la société de Conseil en bâtiment de son droit d'accès à la justice, en violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ;
3°/ que seul le mineur peut se prévaloir du défaut d'autorisation du juge des tutelles ; qu'en relevant d'office l'irrégularité tendant à ce défaut d'autorisation, la cour d'appel a violé les articles 4 et 125 du code de procédure civile ;
#4 Mais attendu que la cour d'appel était fondée à relever d'office, en application de l'article 16, alinéa 3, du code de procédure civile, le moyen de droit pris de l'absence d'autorisation du juge des tutelles à la vente de gré à gré d'un immeuble appartenant à un mineur placé sous le régime de l'administration légale sous contrôle judiciaire ;
D'où il suit que le moyen est inopérant ;
Mais sur le premier moyen, pris en sa cinquième branche :
Vu l'article 1589 du code civil ;
#5 Attendu que pour dire irrecevable la demande de la société de Conseil en bâtiment, l'arrêt retient que l'exécution forcée de la vente n'étant que la conséquence de la reconnaissance par jugement de sa validité, il est nécessaire au préalable de statuer sur l'existence ou non de cette vente, qu'une promesse unilatérale de vente n'a pas pour effet de transmettre à celui qui en est bénéficiaire la propriété ou des droits immobiliers sur le bien qui en est l'objet, que l'obligation du promettant quoique relative à un immeuble constitue tant que le bénéficiaire n'a pas déclaré acquérir non pas une obligation de donner mais une obligation de faire, qu'en l'espèce, lors du décès de M. Edouard X... avant la levée de l'option, la vente

n'était pas réalisée et que, par voie de conséquence, l'autorisation du juge des tutelles était nécessaire à cette réalisation ;
#6 Qu'en statuant ainsi, alors que le promettant avait définitivement consenti à vendre et que l'option pouvait être valablement levée, après son décès, contre ses héritiers tenus de la dette contractée par leur auteur, sans qu'il y eût lieu d'obtenir l'autorisation du juge des tutelles, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;
Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le second moyen qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Dispositif

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la quatrième branche du premier moyen :
REJETTE le pourvoi formé contre l'arrêt du 21 octobre 2008 ;
CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 3 février 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Pau ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Pau, autrement composée ;
Condamne les consorts X... aux dépens ;

Cass. civ. 3è, 11 mai 2011, n°11-05-2011 et n° 10-12.875 (n° 525 FS-P+B)

Sommaire :

La levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée, sauf à violer les articles 1101 et 1134 du code civil.

Texte intégral :

LA COUR : - Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 10 novembre 2009), rendu sur renvoi après cassation (3e chambre civile, 28 janvier 2009, pourvoi n° 08-12.649), que les époux Pierre et Simone B... ont acquis l'usufruit d'un immeuble aux Saintes-Maries-de-la-Mer et leur fils Paul la nue-propriété ; que par acte authentique du 13 avril 2001, celui-ci a consenti après le décès de son père une promesse unilatérale de vente de l'immeuble à M. M..., qui l'a acceptée, en stipulant que Mme Simone B... en avait l'usufruit en vertu de l'acte d'acquisition et que la réalisation de la promesse pourrait être demandée par le bénéficiaire dans les quatre mois à compter du jour où celui-ci aurait connaissance, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, du décès de l'usufruitière ; que par acte sous-seing privé du 7 avril 2004, M... X... a pris l'engagement de régulariser l'acte authentique de vente relatif à la promesse unilatérale de vente et s'est mariée le 28 avril 2004 avec M. Paul B..., qui est décédé le 25 mai 2004 ; que par acte du 31 octobre 2005, Mme X...-B... a assigné M. M... en annulation de la promesse unilatérale de vente ; que par lettre du 31 janvier 2006, Mme X...-B... a notifié à M. M... le décès de sa belle-mère usufruitière, survenu le 2 janvier 2006 ; que M. M... a levé l'option le 17 mai 2006 ;

Sur le premier moyen : - Vu les articles 1101 et 1134 du code civil ; - Attendu que pour dire la vente parfaite, l'arrêt retient qu'en vertu de la promesse unilatérale de vente Mme X...-B... devait maintenir son offre jusqu'à l'expiration du délai de l'option, sans aucune faculté de rétractation ; que Mme X...-B... ne pouvait se faire justice à elle-même et que le contrat faisant loi, elle ne pouvait unilatéralement se désengager ; qu'en statuant ainsi, alors que la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen, casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 10 novembre 2009, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence, remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier, condamne M. M... aux dépens, vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne M. M... à payer à Mme X...-B... la somme de 2 500 € ; rejette la demande de M. M..., dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé.

Cass. com. 13 sept. 2011, n°10-19526
Motifs
LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :
#1 Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'en vue d'un rapprochement entre la société X..., ayant pour unique associé la société Vectora et la société Française de gastronomie (la société FDG), un accord a été signé le 14 décembre 2004, prévoyant l'apport du fonds de commerce de la filiale de cette dernière, la société UGMA, et une cession d'actions de la société Vectora à la société FDG ; que le 31 janvier 2005 une promesse d'achat et une promesse de vente ont été signées entre les sociétés FDG et Vectora, cette dernière s'engageant à vendre le solde de sa participation dans la société X..., l'option pouvant être levée entre le 1er janvier 2008 et le 31 décembre 2009 ; que de nombreux litiges ayant opposé les parties, la société Vectora a, le 5 mars 2007, rétracté sa promesse ; que la société FDG a exercé son option le 7 janvier 2008 et poursuivi devant le tribunal l'exécution forcée de la vente ;
Sur le premier moyen :
#2 Attendu que la société Vectora fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté ses demandes tendant à voir constater la nullité, subsidiairement la caducité de la promesse de vente consentie le 31 janvier 2005, alors, selon le moyen, que la société Vectora faisait valoir qu'il résultait de l'accord du 14 décembre "2004" que les promesses de cessions d'actions, destinées à parachever la prise de possession de la société X... par la société FDG, étaient indivisibles de la convention par laquelle la société FDG apportait à la société X... son fonds de commerce UGMA en contrepartie d'une première prise de participation dans la société ; qu'en décidant que ces conventions n'étaient pas indivisibles, aux motifs inopérants que les promesses de cessions d'actions ne faisaient pas référence à l'accord du 14 décembre 2004 et que le prix de cession était déterminé indépendant de la valeur du fonds de commerce UGMA, sans rechercher si la commune intention des parties n'était pas de faire en sorte que les deux séries de conventions, prévues par le même accord et ayant une même finalité d'ensemble soient indivisibles entre elles, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1218 du code civil ;
#3 Mais attendu que pour rejeter la demande tendant à voir prononcer la nullité de la promesse unilatérale de vente, la cour d'appel ne s'est pas prononcée en considération du moyen tiré du caractère indivisible des conventions ; que le moyen est inopérant ;
Sur le deuxième moyen :
#4 Attendu que ce moyen ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;
Mais sur le troisième moyen, pris en sa deuxième branche :
Vu les articles 1101, 1134 et 1583 du code civil ;
#5 Attendu que pour dire la vente parfaite par la signature des promesses d'achat et de vente le 31 janvier 2005 et ordonner la remise, sous astreinte, des titres et le règlement du prix, au plus tard dans le délai de deux mois suivant la notification par la société FDG des modalités de paiement du prix des actions, tel que calculé dans l'annexe à la lettre du 22 septembre 2008, l'arrêt retient que l'offre de la société Vectora étant irrévocable en l'absence de disposition dans la promesse de vente autorisant la rétractation de celle-ci avant le 1er janvier 2008, et la société FDG ayant levé l'option dans le délai stipulé, soit le 7 janvier 2008, la vente est devenue parfaite à cette date, la société Vectora n'étant pas fondée à soutenir qu'elle a valablement rétracté sa promesse de vente par lettre du 5 mars 2007 ;
#6 Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques

de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne pouvait être ordonnée, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Dispositif

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a dit n'y avoir lieu à sursis à statuer, l'arrêt rendu le 30 mars 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne la société Française de gastronomie aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du treize septembre deux mille onze.

Cass.soc. 21 sept. 2017, n°16-20.103 (et n°16-20.104)

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :
Sur le moyen unique, qui est recevable :
Vu les articles 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable en la cause, et L. 1221-1 du code du travail ;
Attendu que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail ;
#1 Attendu que l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ; que la rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extra-contractuelle de son auteur ;
#2 Attendu, en revanche, que la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ; que la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis ;
#3 Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Z..., joueur international de rugby, a reçu courant mai 2012 du club de rugby, société Union sportive carcassonnaise, une offre de contrat de travail pour la saison 2012/2013, à laquelle était jointe une convention prévoyant l'engagement pour la saison sportive 2012/2013, avec une option pour la saison suivante, une rémunération mensuelle brute de 3 200 euros, la mise à disposition d'un véhicule et un début d'activité fixé au 1er juillet 2012 ; que dans un courrier électronique adressé le 6 juin 2012 à l'agent du joueur, le club indiquait ne pas pouvoir donner suite aux contacts noué avec ce dernier ; que le 12 juin 2012, le joueur faisait parvenir le contrat au club, alors que, le lendemain, son agent adressait la promesse d'embauche signée ; que soutenant que la promesse d'embauche valait contrat de travail le joueur a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir le paiement de sommes au titre de la rupture ;
#4 Attendu que pour condamner l'employeur au paiement d'une somme à titre de rupture abusive du contrat de travail l'arrêt retient qu'il résulte d'un courrier électronique adressé, le 25 mai 2012, par le secrétariat du club qu'une promesse d'embauche a été transmise à l'agent et représentant du joueur de rugby, que la convention prévoit l'emploi proposé, la rémunération ainsi que la date d'entrée en fonction, de sorte que cet écrit constitue bien une promesse d'embauche valant contrat de travail, que dans la mesure où le joueur a accepté la promesse d'embauche il en résultait qu'un contrat de travail avait été formé entre les parties et il importe peu que le club de rugby ait finalement renoncé à engager le joueur, même antérieurement à la signature du contrat par le joueur, que la promesse d'embauche engage l'employeur même si le salarié n'a pas manifesté son accord ;
#5 Qu'en statuant ainsi, sans constater que l'acte du 25 mai 2012 offrait au joueur le droit d'opter pour la conclusion du contrat de travail dont les éléments essentiels étaient déterminés et pour la formation duquel ne manquait que son consentement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Dispositif

PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 1er juin 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse ;
Condamne M. Z... aux dépens ;
Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Cass. civ. 3ème, 6 déc. 2018, n°17-21.171
LA COUR (…):
#1 Attendu, selon les arrêts attaqués (Grenoble, 20 octobre 2015 et 16 mai 2017), que, le 1er avril 1999, M. E... et Mme X... ont consenti à M. et Mme B... une promesse unilatérale de vente d'un appartement dans un immeuble en copropriété et de la moitié de la cour indivise, l'option ne pouvant être levée qu'après le décès de la précédente propriétaire, Marthe F..., qui s'était réservée un droit d'usage et d'habitation ; que, devenue attributaire du bien à la suite de son divorce, Mme X... s'est rétractée de cette promesse le 17 février 2010 ; qu'après le décès de Marthe F..., M. et Mme B... ont levé l'option le 8 janvier 2011 ; qu'ils ont assigné Mme X... en réalisation de la vente ; que celle-ci a conclu au rejet de la demande et sollicité subsidiairement la rescision de la vente pour lésion ;
Sur la recevabilité du pourvoi n° P 17-21.171, contestée par la défense :
Attendu que M. et Mme B... soutiennent que le pourvoi déposé par Mme X... le 10 juillet 2017 à l'encontre de l'arrêt du 20 octobre 2015 est irrecevable comme tardif, ayant été formé plus de deux mois après la signification qui en a été faite le 14 avril 2017 ;
#2 Mais attendu qu'il résulte des pièces produites que la signification de l'arrêt attaqué intervenue le 9 mai 2017 et remise à la personne de Mme X... mentionnait qu'elle annulait et remplaçait celle effectuée le 14 avril 2017 ; qu'en conséquence, le pourvoi, formé dans le délai de deux mois suivant la signification du 9 mai 2017, est recevable ;
Sur le moyen unique du pourvoi n° P 17-21.171 :
Vu les articles 1101 et 1134 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;
#3 Attendu que, pour accueillir la demande de M. et Mme B..., l'arrêt retient que Mme X..., qui a donné son consentement à la vente, sans restriction, ne pouvait se rétracter et que l'acceptation de la promesse par les bénéficiaires a eu pour effet de rendre la vente parfaite ;
Qu'en statuant ainsi, alors que, la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse unilatérale postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;
Et sur le premier moyen du pourvoi n° N 17-21.170 :
Vu l'article 625 du code de procédure civile ;
Attendu que la cassation sur le moyen unique du pourvoi n° P 17-21.171 entraîne, par voie de conséquence, l'annulation de l'arrêt du 16 mai 2017 en toutes ses dispositions qui s'y rattachent par un lien de dépendance nécessaire ;
Dispositif
PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen du pourvoi n° N 17-21.170 :
CASSE et ANNULE, en toutes leurs dispositions, les arrêts rendus les 20 octobre 2015 et 16 mai 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Grenoble ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant lesdits arrêts et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon ;
Condamne M. et Mme B... aux dépens ;
Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de M. et Mme B... et les condamne à payer à Mme X... la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite des arrêts cassés ;

Quel avenir pour la jurisprudence Cruz après la réforme du droit des contrats et les arrêts de la Cour de cassation du 21 septembre 2017 ? - L'avenir semblait écrit à lire les principaux commentateurs de la réforme du droit des contrats, y compris dans le rapport remis au président de la République qui indiquait expressément qu'il s'agissait de mettre fin à une jurisprudence critiquée. L'article 1124 du Code civil dispose en effet que « *La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».* Le second alinéa sonne alors comme une sentence désavouant, expressément mais partiellement, la formule de l'arrêt du 11 mai 2011 (*Cass. 3e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875, Millet Boussard : JurisData n° 2011-008034 ; D. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud ; D. 2011, p. 1460, note D. Mainguy ; D. 2011, p. 2683, obs. I. Goanvic ; JCP E 2011, 1670, note Y. Paclot ; JCP N 2011, 1163, rapp. G. Rouzet ; Contrats, conc. consom. 2011, comm. 186, obs. L. Leveneur ; RTD civ. 2011, p. 532, obs. B. Fages ; Defrénois 2011, p. 1023, obs. L. Aynès ; RDC 2011, p. 1133, obs. Y.-M. Laithier ; RDC 2011, p. 1259, obs. Ph. Brun*. - Adde *Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-19.526 : JurisData n° 2011-018742 (reproduisant la solution de la troisième chambre civile)* et*Cass. 3e civ., 6 sept. 2011, n° 10-20.362, inédit : JCP G 2011, 1316*, contre, assez vaguement, cette solution) qui réorientait le propos de l'arrêt Cruz de 1993 (*Cass. 3e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199, Cts Cruz : JurisData n° 1993-002405 ; JCP N 1995, p. 31, note D. Mazeaud*). fondateur, selon lequel, et au visa des anciens articles 1101 et 1134 du Code civil : « la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée ». L'opposition est claire « la rétractation du promettant exclut toute rencontre des volontés », d'une part, « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis » dans l'article 1124, alinéa 2, d'autre part. La loi nouvelle aurait donc « renversé » la solution jurisprudentielle dit-on, ou lit-on après la réforme du droit des contrats. On peut observer toutefois que le nouvel article 1124 du Code civil s'est intéressé à la première partie de la règle jurisprudentielle. Elle a en revanche « omis » la seconde, l'enjeu véritable des innombrables commentaires de l'ensemble, la question de savoir si la révocation, ou rétractation, de la promesse avant la levée de l'option est efficace ou, au contraire, si elle peut emporter exécution forcée du contrat promis. Pour les promoteurs de cette solution, et de la critique de la jurisprudence antérieure, cette solution s'entend d'évidence : a quoi servirait donc l'article 1124, alinéa 2, à défaut ? C'est donc un raisonnement, par l'absurde, qui motive cette affirmation, et point la lettre de la loi nouvelle. Nous opinons, au contraire, que cette « omission » n'en est pas une et renvoie, pour la question de l'éventuelle exécution forcée de la promesse, au droit commun de la rupture des contrats. La règle nouvelle a également pêché par excès d'optimisme ; en effet, l'article 1124, alinéa 2, précise que la révocation *« pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter »*n'empêche pas la formation du contrat promis. Or, de très nombreuses promesses contiennent des conditions suspensives qui sont, ou non, associées au droit d'option. Il en résulte que la révocation, avant que le droit d'opter ne soit né, n'emporterait pas la formation du contrat promis (V. *M. Mekki, Réforme des contrats et des obligations : la promesse unilatérale de contrat : JCP N 2016, act. 1071*).

Cette question ne peut cependant se résoudre à une simple querelle d'opinions, plus ou moins bien éclairées par des bannières brandies ou opposées dans chaque camp : l'article 1124, alinéa 2 a-t-il ou non rompu avec la jurisprudence Cruz ? Elle est encore rendue un peu plus complexe si on observe l'un de ces tonitruants arrêts de la cour qui a, ou aurait, appliqué la réforme « immédiatement », c'est-à-dire à des contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la réforme, et ce au mépris de l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance du 10 février 2016 (*Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO 11 févr. 2016, texte n° 26 ; JCP E 2016, 1283, B. Dondero)*, modifié et renforcé d'ailleurs par la loi de ratification du 20 avril 2018 (V. *L. n° 2018-287, 20 avr.*

2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO 21 avr. 2018, texte n° 1 ; JCP E 2018, act. 298). Or, deux arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation du 21 septembre 2017 (*Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103 : JurisData n° 2017-018092 ; Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-21.104.* - Sur ces arrêts, V. *D. 2017, p. 2289, note B. Bauduin et J. Dubarry ; D. 2017, p. 2007, note D. Mazeaud ; D. 2018, p. 371, obs. M. Mekki ; D. 2018, p. 435, obs. S. Karaa ; AJ Contrat 2017, p. 480, obs. C.-E. Bucher ; Dr. soc. 2018, p. 170, étude R. Vatinet, et 175, étude Y. Pagnerre ; RDT 2017, p. 715, obs. L. Bento de Carvalho ; JS 2017, n° 180, p. 8, obs. X. Aumeran ; RTD civ. 2017. 837, obs. H. Barbier, RJDA, 2017, p. 899, note D. Mainguy*) avaient décidé, à propos du régime d'une offre de contrat de travail et en une formule récurrente que « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail » pour, dans son visa, reproduire le texte des nouveaux articles 1114 à 1116, s'agissant de l'offre, et de l'article 1124 du Code civil. On pouvait en déduire, sinon que ces textes étaient d'application immédiate, du moins que la jurisprudence tenait compte de ce que « l'évolution du droit des obligations », formule élégante contournant l'affirmation plus brutale d'application immédiate de certaines règles, la « contraignait » à tenir compte du contenu d'une réforme qu'elle ne peut ignorer.

Toutefois, la loi de validation du 20 avril 2018 réformait l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance de 2016, en un sens radical : la réforme (de 2016) s'applique aux contrats nés après son entrée en vigueur (2016), « *y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public »*, radicalité de la modification qui, elle-même, rétroagit au 1er octobre 2016 (Comp. *D. Mainguy, L'étrange rétroactivité de la survie de la loi ancienne, à propos de la loi de ratification de la réforme du droit des contrats : JCP G 2018, 964*).

Tels étaient, à gros traits, les termes du débat autour de la jurisprudence Cruz, après la loi de ratification de 2018, dans une saga aux enjeux très connus. Deux arrêts du 6 décembre 2018 sont cependant venus apporter quelques éléments. L'un, publié, concerne la violation d'un pacte de préférence (*C. civ., art. 1123. - Cass. 3e civ., 6 déc. 2018, n° 17-23.321, FS-P+B+I, M. Marie-Florence X c/ M. Jacques Y : JurisData n° 2018-022038 ; Constr.-urb. 2019, comm. 12 ; D. 2018, p. 2019. 294, note S. Tisseyre*) et l'autre, non publié, le régime de la révocation de la promesse, avant la levée de l'option, par le promettant (*Cass. 3e civ., 6 déc. 2018, n° 17-21.170, inédit : JurisData n° 2018-022522 ; D. 2019. 298, avis P. Brun, 301, note M. Mekki*). Le premier vise à considérer que la conclusion d'une promesse unilatérale de vente, par le promettant partie à un pacte de préférence, avant l'échéance de la préférence, violait ce pacte, ce dont il pourrait résulter ou bien que la promesse de contracter engage, solution contrevenant à la jurisprudence Cruz, ou bien que la conclusion d'une telle promesse n'aboutit qu'à constater la violation de l'obligation du promettant partie à un pacte de préférence imposant de préférer le bénéficiaire, peu important que cette violation soit, ou non, définitive. Le second de ces arrêts est en revanche plus intéressant, tout du moins dans la perspective de la perpétuation ou de la survie de cette « saga » jurisprudentielle. En l'espèce, la situation était, du point de vue de cette jurisprudence, assez originale : deux époux, Mme X. et M. E. concluent une promesse unilatérale de vente avec M. et Mme B., portant sur un appartement dans un immeuble en copropriété et de la moitié d'une cour indivise, étant précisé que l'option ne pouvait être levée avant le décès de la précédente propriétaire, titulaire d'un droit d'usage et d'habitation. Entre-temps, les promettants divorcent, Mme B. devient attributaire du bien objet de la promesse et la rétracte le 17 février 2010. Peu effrayés, et constatant le décès de la précédente propriétaire (semble-t-il après la rétractation) donc l'arrivée du terme suspensif *a quo* les époux B., bénéficiaires, lèvent l'option en janvier 2011 et assignent Mme E. en vue d'obtenir la réalisation judiciaire de la vente, qu'ils estiment parfaite du seul fait de cette levée d'option. La cour d'appel de Grenoble, dans un arrêt pourtant antérieur à la réforme du droit des contrats, avait, le 20 octobre 2015, fait droit à la demande des bénéficiaires, mais, la Cour de cassation dans cet arrêt du 6 décembre 2018, la censurait, sur le fondement des articles 1101 et 1134 anciens du Code civil : « la levée de l'option parle bénéficiaire de la promesse unilatérale postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée ». Très exactement la formule de l'arrêt du 11 mai 2011, donc.

On peut lire cet arrêt de deux manières, l'une par laquelle la Cour maintiendrait, de manière volontariste ou prudente, c'est selon, sa jurisprudence antérieure, contre la doctrine et en choisissant, par anticipation ou provocation, une interprétation particulière de l'article 1124 du Code civil, et l'autre par laquelle la cour choisirait, au contraire, d'éviter le débat en prenant, à la lettre, la formule de l'article 9, alinéa 2, réformé de l'ordonnance de 2016.

1. Prudence ?

Le problème est ainsi toujours le même : la révocation de la promesse unilatérale de contracter, ici de vente immobilière, est-elle efficace (Comp. *Cl. François, L'acte juridique irrégulier efficace, 2017*) ou peut-elle au contraire faire l'objet d'une exécution forcée en nature ? Le cheminement de la solution est ultra-connu : une obligation de faire, en 1993, de maintenir contractuellement son offre sans doute, à la charge du promettant, se résolvant en dommages et intérêts, sur le fondement de l'ancien article 1142 du Code civil, puis, en 2011, le fait que la révocation empêche la formation du contrat, sur le fondement des anciens articles 1101 et 1134, solution reprise dans l'arrêt du 6 décembre 2018. La Cour de cassation pouvait, cependant, difficilement ignorer l'article 1124 du Code civil et les arrêts de la Chambre sociale du 21 septembre 2017. Il lui était donc possible d'invoquer « l'évolution du droit des obligations » pour envisager l'application de la formule de l'article 1124, alinéa 2, du Code civil. Cela aurait été d'autant plus intéressant que les faits d'espèce révélaient une situation de « fenêtre d'option » alors que la révocation précédait l'ouverture du délai pour opter offert au bénéficiaire. Il aurait été alors intéressant que la Cour tranchât ce point alors que les thuriféraires de l'exécution forcée en nature de la promesse révoquée plaident, bien entendu, pour cette solution même avant la naissance du droit d'option. Il aurait surtout été utile que la Cour livrât son interprétation de l'article 1124, alinéa 2, du Code civil. La première, majoritaire, portant le mouvement visant à renverser la jurisprudence Cruz, considère que, dans la mesure où ce texte dispose expressément que la révocation n'empêche pas la formation de la promesse, il s'en déduit nécessairement que l'exécution forcée en nature s'impose, en ce qu'elle se déduit nécessairement de la formulation du texte. À cet argument, les zélateurs de la jurisprudence Cruz font valoir que l'article 1124, alinéa 2, n'a pas prévu cette solution de manière expresse, qui aurait fait de ce contrat un contrat spécial, voire très spécial, de telle manière que l'exécution forcée en nature éventuelle est du domaine du droit commun de la question, de l'article 1221 du Code civil, voire de l'article 1226 selon que l'on analyse la « révocation » comme une inexécution, susceptible d'exécution forcée, ou d'une résolution unilatérale, éventuellement fautive. Plusieurs auteurs font valoir d'une part, que la révocation n'est jamais qu'une forme de résolution, le plus souvent irrégulière (encore qu'il faudrait regarder de près les stipulations contractuelles choisies) et d'autre part que l'exécution forcée en nature conduirait à forcer un consentement, ce qui serait sinon inédit du moins extraordinaire, voire anticonstitutionnel (Comp. *M. Fabre-Magnan, De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente : D. 2015, p. 826*). Or c'est le cœur du problème, depuis longtemps : la Cour s'en tient pour l'instant à la solution qu'elle avait rendue avant la réforme du droit des contrats ce, malgré l'avis très militant de l'avocat général (*Ph. Brun, avis. préc.*). On pourrait y déceler, *a minima*, une forme d'inertie jurisprudentielle et, *a maxima*, un signe sur ce que pourrait être l'interprétation de l'article 1124, alinéa 2, du Code civil qu'elle choisira le jour où elle serait saisie sur ce fondement, ou si elle avait pu mettre en œuvre ce texte dans cet arrêt. On peut regretter en outre que la cour n'en ait pas profité pour ajouter un élément, permettant de renforcer la justification de la solution qu'elle maintient sur le terrain de la réparation du préjudice subi par le bénéficiaire. Les circonstances de fait sont souvent très différenciées, tantôt le bénéficiaire subit un préjudice important, lorsque l'objet de la promesse repose sur une opportunité rare par exemple, mais souvent un préjudice matériel faible, voire nul, chaque fois que l'objet de la promesse est banal, voire trivial, et alors que le bénéficiaire peut reporter son choix sur un autre objet substituable. En toute hypothèse, il demeure que la révocation crée, au minimum, un préjudice que l'on pourrait considérer comme de frustration, qui pourrait être le siège de la sanction, qui pourrait être sévère, d'un comportement opportuniste, voire lucratif, et en tout cas une violation flagrante d'un contrat ; d'ailleurs bon nombre de promesses intègrent des clauses pénales sanctionnant la révocation irrégulière d'une promesse de contracter, pendant de ce qui pourrait être décidé sur le fondement de la responsabilité contractuelle à défaut de clause.

2. Provocation ?

C'est ici que la deuxième interprétation de l'arrêt peut se manifester. En effet, on ne peut pas écarter l'idée d'une forme de provocation discrète par la troisième chambre civile, confrontée à la formule nouvelle, et rétroactive, de l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance du 10 février 2016. Si, en effet, les règles nouvelles du droit des contrats sont, en toutes ses dispositions, applicables aux seuls contrats conclus après son entrée en vigueur, il s'ensuit que l'article 1124, alinéa 2 du Code civil n'est pas applicable aux faits de l'espèce. Première difficulté, que faire alors des arrêts de la chambre sociale du 20 septembre 2017 ? Ces derniers, promus par la Cour de cassation elle-même et largement commentés en doctrine, peuvent difficilement être ignorés et limités au seul domaine du droit du travail. On ne peut guère considérer par ailleurs que la loi de 2018 aurait, du fait de la rétroactivité de la modification de l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance de 2016, « annulé » *de facto* leurs solutions, sauf, alors, à glisser vers des terrains de validité constitutionnelle ou conventionnelle, du point de vue de l'existence d'un « motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles » dans le premier cas et une atteinte éventuellement excessive une atteinte excessive à la prévisibilité des parties au regard de l'article 1er du premier protocole à la CEDH, pour le second, terrains qui, en toute hypothèse seront difficilement évitables. On ne peut manquer d'observer que, au contraire, la Cour de cassation a pu être tentée de prendre l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance de 2016 au pied de la lettre, de manière générale pour l'application dans le temps de la réforme du droit des contrats (Comp. *Cass. 1re civ., 19 sept. 2018, n° 17-24.347, P+B, R. c/ SARL Sté méditerranéenne d'applications thermiques et de conditionnement : JurisData n° 2018-015915 ; JCP E 2018, act. 737 ; D. 2018, p. 1863 ; AJ Contrat 2018, p. 477, obs. G. Chantepie, application de l'article 1186 à un contrat conclu avant le 1er octobre 2016*) ou pour ce cas particulier ce qui expliquerait l'absence de publication de l'arrêt. Dès lors, si les règles nouvelles ne sont pas applicables, il s'ensuit que les règles anciennes le sont, y compris dans leurs interprétations, ce qui justifierait la reprise, à l'identique, de la formule de l'arrêt de 2011.

Cass. civ. 3ème 17 oct. 2019, n°19-40.028,

La Cour :
Attendu que, par acte authentique du 20 décembre 2017, la société Immobilière Iliad a consenti à la société D6 Immo une promesse unilatérale de vente d'un immeuble ; que la société D6 Immo a assigné la société Immobilière Iliad en perfection de la vente ; que le juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Rennes a transmis la question prioritaire de constitutionnalité suivante :

"Les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1124 du code civil sont-elles contraires :
- au principe de liberté contractuelle découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789,
- au droit de propriété garanti par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?" ;

Attendu que la disposition contestée est applicable au litige au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 et n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

Mais attendu que la question posée, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ;

Et attendu que celle-ci ne présente pas un caractère sérieux dès lors que, selon l'article 1124, alinéa 1er, du code civil, dans une promesse unilatérale de vente, le promettant donne son consentement à un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire, de sorte que la formation du contrat promis malgré la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle et ne constitue pas une privation du droit de propriété ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ;

PAR CES MOTIFS :

DIT N'Y AVOIR LIEU DE RENVOYER au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité ;

Cass. civ. 3è, 23 juin 2021, n°20-17.554

LA COUR :
Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Lyon, 19 mai 2020), rendu sur renvoi après cassation (Civ. 3e, 6 déc.

2018, n° 17-21.170), le 1er avril 1999, M. B. et Mme R. ont consenti à M. et Mme Ro. une promesse de vente d'un appartement dans un immeuble en copropriété et de la moitié de la cour indivise, l'option ne pouvant être levée qu'au décès de la précédente propriétaire, M. Bl., qui s'était réservée un droit d'usage et d'habitation.

2. Devenue attributaire du bien à la suite de son divorce, Mme R. s'est rétractée de cette promesse le 17 février 2010.

3. Après le décès de M. Bl., M. et Mme Ro. ont levé l'option le 8 janvier 2011.

4. Ils ont assigné Mme R. en réalisation de la vente. Celle-ci a sollicité le rejet de la demande et subsidiairement la rescision de la vente pour lésion.

Examen du moyen

Sur le moyen unique, pris en ses deuxième et troisième branches, ci-après annexé

5. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le moyen unique, pris en sa première branche

Énoncé du moyen

6. Mme R. fait grief à l'arrêt de déclarer parfaite la vente consentie à M. et Mme Ro. par la promesse du 1er avril 1999, alors « que, dans une promesse unilatérale de vente, la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir ; que la réalisation forcée de la vente ne peut alors être ordonnée ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que les époux Ro., bénéficiaires de la promesse unilatérale de vente consentie par M. R., avaient levé l'option postérieurement à la rétractation de Mme R. ; qu'en jugeant néanmoins que cette levée de l'option avait eu pour effet de rendre la vente parfaite, la cour d'appel a violé les articles 1101 et 1134 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ».

Réponse de la Cour

7. En application des articles 1101 et 1134 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, et 1583 du même code, la Cour de cassation jugeait jusqu'à présent, que, tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation du promettant ne constituait qu'une obligation de faire.

8. Il en résultait que la levée de l'option, postérieure à la rétractation du promettant, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, de sorte que la réalisation forcée de la vente ne pouvait être ordonnée (Civ. 3e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199 , Bull. civ. III, n° 174), la violation, par le promettant, de son obligation de faire ne pouvant ouvrir droit qu'à des dommages-intérêts (Civ. 3e, 28 oct. 2003, n° 02-14.459).

9. Cependant, à la différence de la simple offre de vente, la promesse unilatérale de vente est un avant-contrat qui contient, outre le consentement du vendeur, les éléments essentiels du contrat définitif qui serviront à l'exercice de la faculté d'option du bénéficiaire et à la date duquel s'apprécient les conditions de validité de la vente, notamment s'agissant de la capacité du promettant à contracter et du pouvoir de disposer de son bien.

10. Par ailleurs, en application de l'article 1142 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, la jurisprudence retient la faculté pour toute partie contractante, quelle que soit la nature de son obligation, de poursuivre l'exécution forcée de la convention lorsque celle-ci est possible (Civ. 1re, 16 janv. 2007, n° 06-13.983 , Bull. civ. I, n° 19).

11. Il convient dès lors d'apprécier différemment la portée juridique de l'engagement du promettant signataire d'une promesse unilatérale de vente et de retenir qu'il s'oblige définitivement à vendre dès la conclusion de l'avant-contrat, sans possibilité de rétractation, sauf stipulation contraire.

12. La cour d'appel a relevé que, dans l'acte du 1er avril 1999, Mme R. avait donné son consentement à la vente sans restriction et que la levée de l'option par les bénéficiaires était intervenue dans les délais convenus.

13. Ayant retenu à bon droit que la rétractation du promettant ne constituait pas une circonstance propre à empêcher la formation de la vente, elle en a exactement déduit que, les consentements des parties s'étant rencontrés lors de la levée de l'option par les bénéficiaires, la vente était parfaite.

14. Le moyen n'est donc pas fondé.

Par ces motifs, la Cour rejette le pourvoi ; condamne Mme R. aux dépens ; en application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes [...].

Recueil Dalloz 2021 p.1574

L'unité contractuelle de la promesse et de la vente

Léa Molina, Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Par son arrêt du 23 juin 2021, la troisième chambre civile écrit le dernier fragment d'un discours jurisprudentiel mouvementé relatif à la sanction de la violation de la promesse unilatérale de vente.

La singularité de l'affaire est patente, qui tient autant à son déroulement qu'au revirement retentissant qui la conclut. Les faits de l'espèce sont classiques et d'autant mieux connus que l'arrêt est rendu sur renvoi après cassation (1). Une promesse unilatérale de vente avait été conclue le 1er avril 1999 sur un immeuble grevé d'un droit d'usage et d'habitation au bénéfice de sa précédente propriétaire. Il était prévu que l'option ne pourrait être levée qu'à son décès. La promettante s'est rétractée, mais, près d'un an plus tard, les bénéficiaires ont malgré tout levé l'option, l'occupante étant depuis décédée. Ils ont ensuite agi en réalisation forcée de la vente. En appel, les juges du fond ont accédé à cette demande. Une première cassation est alors intervenue : considérant que la levée d'option postérieurement à la rétractation du promettant exclut toute rencontre des volontés de vendre et d'acquérir, la troisième chambre civile, fidèle à sa jurisprudence fixée en 1993 (2), avait nettement maintenu la solution antérieure. L'affaire aurait donc pu s'arrêter là. C'était sans compter la résistance de la cour d'appel de Lyon qui, dans son arrêt en date du 19 mai 2020, s'est refusée à suivre la voie tracée par les hauts magistrats.

La troisième chambre civile se saisit une nouvelle fois de l'affaire (3). Renonçant à la digue qu'elle avait élevée en 2018 contre le nouvel article 1124 du code civil, elle déclare qu'il convient « d'apprécier différemment la portée juridique de l'engagement du promettant signataire d'une promesse unilatérale de vente et de retenir qu'il s'oblige définitivement à vendre dès la conclusion de l'avant-contrat, sans possibilité de rétractation, sauf stipulation contraire ». Cette nouvelle solution confère à la promesse unilatérale sa juste portée eu égard à la nature juridique du droit d'option (I), cependant qu'elle donne à réfléchir sur la nature juridique de la promesse (II).

I - Nature juridique du droit d'option

Jusqu'à présent, la jurisprudence refusait de déclarer la vente parfaite en cas de rétractation du promettant antérieurement à la levée d'option. Dans son arrêt du 23 juin 2021, la Cour retrace, avec quelques raccourcis, les deux fondements successifs sur lesquels elle s'appuyait pour justifier la solution qu'elle retenait auparavant. Pourtant, le droit d'option ne s'analyse ni comme une obligation de faire à la charge du promettant, ni comme un consentement. Il s'agit d'un droit potestatif de nature contractuelle (4), ou, autrement dit, d'une prérogative contractuelle, qui se définit comme le droit d'imposer une décision. De cette qualification se déduit la force obligatoire de la promesse, consacrée par ce nouvel arrêt. Pour s'en convaincre, la notion de décision doit être confrontée à celles d'obligation (A) et de consentement (B).

A - Distinction du droit d'option et de l'obligation de faire

La portée juridique de la promesse unilatérale a fait l'objet d'une valse-hésitation prétorienne depuis plusieurs décennies. Pour comprendre l'évolution de la solution retenue, encore faut-il exposer sans lacune le cheminement jurisprudentiel qui l'a précédée. Pourtant, en déclarant qu'elle « jugeait jusqu'à présent que, tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation du promettant ne constituait qu'une obligation de faire », la Cour omet une étape importante alors même que la nouvelle rédaction de ses arrêts a prétendument une vocation didactique. La troisième chambre civile revient dans sa motivation sur la *ratio juris* de l'arrêt *Consorts Cruz*, faisant fi de l'évolution du fondement que sa jurisprudence a connue en 2011 (5). La qualification de l'engagement du promettant en obligation de faire insusceptible d'exécution forcée semblait pourtant abandonnée, à raison.

On sait depuis la thèse d'Ibrahim Najjar que le droit d'option se caractérise comme un droit potestatif(6). Ainsi, ni le promettant ni le bénéficiaire n'est créancier d'une prestation en vertu de la promesse unilatérale. L'épure de ce contrat est même dépourvue de tout contenu obligationnel. Les parties sont tenues par un autre lien dont le coeur n'est pas une prestation mais une décision. Telle est, en effet, l'essence du droit potestatif ; or une décision s'impose puisqu'elle place son destinataire dans une position de passivité. Le sujet passif d'un droit potestatif est contraint par ce que son cocontractant décrète. Ce doit donc être le cas du promettant. Contrairement à la prestation dont l'exécution confère au débiteur un rôle actif, la décision n'est rien d'autre qu'une volonté à laquelle il n'est pas possible de faire obstacle dès lors qu'elle est licite. Son effet se réalise directement : il ne s'exige pas, il se constate. Par conséquent, en vertu de la décision du bénéficiaire de la promesse, la vente s'est réalisée. Instantanément, les contractants sont devenus vendeur et acquéreur plutôt que promettant et bénéficiaire. Aussi, conclure une promesse unilatérale de vente c'est accorder à l'acheteur le droit d'imposer la vente *in fine*.

Dès lors, la justification que la troisième chambre civile apporte à son revirement ne convainc pas. Selon elle, la perfection de la vente en dépit de la rétractation du promettant trouverait son fondement dans l'ancien article 1142 du code civil. En effet, elle explique qu'en application de ce texte, « la jurisprudence retient la faculté pour toute partie contractante, quelle que soit la nature de son obligation, de poursuivre l'exécution forcée de la convention lorsque celle-ci est possible ». À suivre cette démonstration, donc, la rétractation du promettant ne serait plus admise, mais toujours en raison de la prétendue obligation dont il serait débiteur. Il y a de quoi s'étonner de voir ressurgir ce « tropisme obligationnel »(7). Traiter le promettant en débiteur ne permet pas d'élucider les mystères du mécanisme de l'option. À quoi serait-il obligé ? De quelle prestation peut-il être tenu, sinon celle de délivrer la chose une fois le transfert réalisé ? « S'obliger à consentir » est un oxymore dépourvu de sens. Fatalement, le promettant a déjà consenti lors de la conclusion de la promesse. À cet égard, le raisonnement tenu par la Cour de cassation depuis 2011 n'était pas non plus satisfaisant.

B - Distinction du droit d'option et du consentement

Au vu de la solution instituée en 2011, l'obstacle à la perfection de la vente en cas de rétractation du promettant résidait dans l'absence de simultanéité des consentements. Selon la Cour de cassation, les volontés de vendre et d'acquérir ne s'étaient pas rencontrées. Elles n'étaient pas synchrones.

Il est vrai que le consentement suppose la réciprocité, ce qui implique qu'il ne se conçoit que dans l'altérité. En ce sens, parler de « rencontre des consentements » est un pléonasme : les consentements n'existent que par leur rencontre. Cela s'explique parce que le consentement n'est pas qu'une volonté, il est aussi un engagement. En effet, « il y a toujours de l'aliénation dans le consentement »(8) ; or, si l'on peut vouloir seul, on ne s'engage qu'à l'égard d'autrui. Tel est le fondement de la force obligatoire du contrat. Étymologiquement, *contractus* renvoie à « l'opération qui renferme en elle un accord »(9). La nécessaire concomitance des consentements en découle. Parce que le contrat engage les parties par sa force contraignante, l'aliénation doit être simultanée. Cependant, appliquer cette conception à la levée d'option est erroné, parce qu'elle n'est pas un consentement mais une décision. Là réside le substrat de la nouvelle solution. Au contraire du consentement, la décision est une volonté qui se suffit à elle-même. Elle ne commande pas de rencontrer l'accord d'autrui pour produire son effet. C'est le propre de la *potestas*, c'est-à-dire de la puissance.

Si consentir revient à s'engager vis-à-vis d'autrui, décider revient à engager l'autre, et on ne peut pas engager l'autre sans qu'il y ait préalablement consenti. À ce titre, rejeter la force obligatoire de la promesse au motif que les consentements à la vente ne se seraient pas rencontrés revient à nier l'existence même du contrat de promesse. La Cour de cassation le reconnaît d'ailleurs en déclarant que, « à la différence de la simple offre de vente, la promesse unilatérale de vente est un avant-contrat qui contient, outre le consentement du vendeur, les éléments essentiels du contrat définitif ». Pour que la promesse ait acquis une existence juridique, il faut bien que les consentements des parties se soient rencontrés, sans quoi il ne s'agirait que de pourparlers. Il y a eu un accord : tant le promettant que le bénéficiaire a consenti, si bien que la situation contractuelle de vente est née. La particularité réside dans le fait que le transfert de propriété ne s'est pas opéré et qu'il n'est pas soumis à la réalisation d'une condition suspensive - ou pas seulement -, mais à la décision du bénéficiaire. La levée d'option permet donc de réaliser le transfert de propriété, ou

au moins de le rendre certain. Autrement dit, le bénéficiaire décide du caractère définitif de la vente. Dès lors, la force obligatoire de la promesse s'infère de la nature du droit d'option, et l'arrêt du 23 juin 2021 consacre enfin la solution qui s'imposait.

II - Nature juridique de la promesse unilatérale

Les fondements dont la Cour de cassation usait pour justifier l'absence de force obligatoire de la promesse tombaient de Charybde en Scylla. Puisque la promesse naît des consentements des parties, il existe déjà une ébauche de vente lors de sa conclusion. La levée d'option organise le passage du stade de vente éventuelle à celui de vente définitive. Ce faisant, l'unicité de la situation juridique qui rassemble la promesse et la vente se révèle. La promesse peut ainsi s'analyser comme une vente imparfaite (A). Dans cette conception, il y a de quoi s'interroger sur la qualification que doit recevoir la « stipulation contraire » à la perfection de la vente, hypothèse que réserve expressément la Cour de cassation (B).

A - Une vente imparfaite

La levée d'option ne crée rien. Elle consolide une situation préexistante en rendant définitif un contrat qui était en germe(10), au point qu'on peut y voir un seul et même contrat à la formation progressive qui, avant la levée d'option, est dans sa phase d'imperfection(11). En affirmant que la promesse « est un avant-contrat qui contient, outre le consentement du vendeur, les éléments essentiels du contrat définitif qui serviront à l'exercice de la faculté d'option du bénéficiaire et à la date duquel s'apprécient les conditions de validité de la vente, notamment s'agissant de la capacité du promettant à contracter et du pouvoir de disposer de son bien », la troisième chambre civile se rapproche de cette conception sans pour autant la consacrer. Les conditions primaires de validité édictées par l'article 1128 du code civil doivent être réunies dès la conclusion de la promesse. Aussi, les consentements initiaux des parties permettant la création de la situation contractuelle *ex nihilo* sont survenus mais n'ont pas la même portée : le promettant consent à la vente définitive de façon certaine ; le bénéficiaire consent seulement à son principe, eu égard à la détermination de la chose et du prix(12). Toujours est-il que le *mutuus consensus* a eu lieu. C'est pourquoi l'analyse de la promesse comme un contrat autonome de la vente est douteuse. On peut dès lors considérer que ni la conception retenue dans cet arrêt par la troisième chambre civile, ni celle qui ressort du nouvel article 1124 du code civil ne va suffisamment loin. En ce sens, la levée d'option ne serait qu'un élément de perfection de la vente, glissé « dans l'interstice du processus de réalisation du contrat »(13), entre la première étape de sa formation et celle de son exécution. Le *continuum* entre la promesse et la vente met au jour l'unité de la situation juridique et sa formation progressive(14). Le rapport contractuel est identique : il place les mêmes personnes dans les mêmes positions, aux mêmes conditions. La notion de perfection permet alors de caractériser la situation juridique consolidée.

Le droit d'option a ainsi pour seule vocation de réserver le passage au stade définitif de la vente. Il permet de « conjurer l'incertitude de l'avenir »(15), en concédant à son titulaire un ultime temps de réflexion. Les facultés de rétractation et autres droits de repentir partagent la même nature et en sont les reflets miroirs : avant que le contrat soit définitif et entre dans sa phase d'exécution, l'une des parties peut revenir sur sa conclusion par simple décision. Comme dans la promesse, le consentement du bénéficiaire de ce droit est réservé, nuancé, sans pour autant être inexistant. Comme dans la promesse, le sujet passif de ce droit est assujetti au bon vouloir de son cocontractant.

Reste que ce mécanisme pousse à s'interroger sur la pertinence d'autres règles, à commencer par la prohibition de la condition potestative. Il est cependant possible de proposer une explication. La condition potestative est prohibée par la contradiction intrinsèque qu'elle comporte en son sein, comme le sont les clauses interdites sur le fondement de l'article 1170 du code civil. Dans ces deux cas, il s'agit de consentir sans consentir de façon simultanée, ce qui ne se confond pas avec le consentement que l'on pourra plus tard rétracter ou confirmer. D'une part, le droit d'option comme le droit de repentir ne porte pas sur l'obligation qui est à la charge de son titulaire, mais sur le contrat tout entier. D'autre part, il ne détruit pas le consentement donné, mais le module en tempérant sa radicalité.

B - Les enjeux de la stipulation contraire

Après avoir déclaré l'impossibilité pour le promettant de se rétracter, la Cour de cassation réserve expressément la

clause contraire. Les juges reprendraient-ils d'une main ce qu'ils ont donné de l'autre ? La question se pose ; la réponse dépend de l'analyse de la promesse retenue, entre vente imparfaite et contrat autonome.

Si la promesse unilatérale continue d'être conçue comme un contrat indépendant de la vente, la validité de la clause de repentir n'a rien de certain. En effet, un tel contrat a la particularité d'avoir pour objet le seul droit d'option. Dès lors, accorder au promettant un droit de repentir aussi longtemps que l'option peut être levée, c'est admettre une clause qui prive de sa substance son engagement. À cet égard, l'article 1170 du code civil pourrait trouver à s'appliquer, au moins lorsque le dédit est stipulé sans contrepartie et pour le même délai que celui de la levée d'option, puisqu'alors, la promesse s'en trouverait « blessé[e] dans son utilité fondamentale »(16). On serait pourtant malaisé à priver le promettant du droit de repentir qu'il s'est contractuellement réservé. Cela plaide en faveur de l'analyse qui fait de la promesse une simple étape de la vente. Dans cette conception, la validité de la clause de dédit s'impose. C'est que le coeur de ce contrat unique réside dans les obligations réciproques de délivrer la chose et d'en payer le prix. De la sorte, chaque partie peut être admise à se voir réserver le droit d'hésiter, peu importe qu'il se concrétise en droit d'option ou en droit de repentir.

La « stipulation contraire » visée par la Cour de cassation pourrait aussi n'être qu'une clause d'aménagement des sanctions. Une chose est sûre, cependant : une telle clause ne peut se concevoir que par le biais de l'inexécution de la vente elle-même. En ce sens, l'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle « la rétractation du promettant ne constituait pas une circonstance propre à empêcher la formation de la vente » est opportune. Puisque la levée d'option est une décision constitutive d'une étape vers la réalisation finale du contrat, son effet s'impose. Aussi, les obligations issues de la perfection de la vente sont nées ; or, de la même façon que la clause exonératoire de responsabilité est autorisée ou que la résolution judiciaire n'est pas d'ordre public(17), l'exécution forcée en nature peut être écartée. Le vendeur peut donc se réserver la possibilité d'échapper à l'exécution forcée du contrat définitif, comme tout contractant. C'est que la force obligatoire suppose seulement qu'une sanction puisse être prononcée dans le cas de la violation du contrat, non qu'il s'agisse nécessairement de l'exécution forcée si les parties ont entendu y renoncer, si elle est impossible, disproportionnée ou encore si elle n'est pas celle demandée. L'illusoire hégémonie de cette sanction a d'ailleurs déjà été efficacement dénoncée(18), et l'article 1221 du code civil n'est pas d'ordre public. La validité d'une telle stipulation est donc indiscutable, mais la sanction qui sera prononcée en lieu et place se fera en contemplation de la vente définitivement formée. En particulier, les dommages-intérêts qui seront dus devront être l'équivalent de sa réalisation. Encore pourrait-on s'interroger sur les effets de cette clause sur le transfert de propriété. On voit mal, en effet, comment maintenir le transfert si l'obligation de délivrance ne se réalise jamais en nature, de sorte que la clause pourrait implicitement supposer une condition résolutoire.

Mots clés :
VENTE * Promesse de vente * Révocation * Obligation de faire * Exécution forcée * Levée de l'option

(1) Civ. 3e, 6 déc. 2018, n° 17-21.170, D. 2019. 300, 279, obs. M. Mekki, 298, avis contraire P. Brun, et 301, note crit. M. Mekki ; AJDI 2019. 154 ; AJ contrat 2019. 94, obs. D. Houtcieff ; RTD civ. 2019. 317, obs. H. Barbier ; RTD com. 2019. 398, obs. A. Lecourt ; RDC 2019. 22, note crit. Y.-M. Laithier.
(2) Civ. 3e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *Cts Cruz*, Bull. civ. III, n° 174 ; D. 1994. 507, note F. Bénac-Schmidt, 230, obs. O. Tournafond, et 1995. 87, obs. L. Aynès ; AJDI 1994. 384, 351, étude M. Azencot, et 1996. 568, étude D. Stapylton-Smith ; RTD civ. 1994. 584, obs. J. Mestre ; Défrenois 1994. 795, obs. P. Delebecque ; JCP 1995. II. 22366, obs. D. Mazeaud ; 11 mai 2011, n° 10-12.875, Bull. civ. III, n° 77 ; D. 2011. 1457, note D. Mazeaud, 1273, édito. F. Rome, 1460, note D. Mainguy, 2679, chron. I. Goanvic, et 2012. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; AJDI 2012. 55, obs. F. Cohet-Cordey ; RTD civ. 2011. 532, obs. B. Fages. V. aussi Com. 13 sept. 2011, n° 10-19.526, D. 2012. 130, note A. Gaudemet, 231, chron. N. Molfessis, et 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; Rev. sociétés 2012. 22, note B. Fages ; RTD civ. 2011. 758, obs. B. Fages ; RTD com. 2011. 788, obs. B. Bouloc.
(3) La troisième chambre civile semble avoir voulu se repentir. En effet, saisir l'assemblée plénière aurait été plus logique au regard de la résistance de la cour d'appel et de la jurisprudence récente des autres chambres de la Cour de cassation, V. Soc. 21 sept. 2017, n° 16-20.103 et n° 16-20.104, D. 2017. 2289, note B. Bauduin et J. Dubarry,

2007, note D. Mazeaud, 2018. 371, obs. M. Mekki, et 435, obs. S. Karaa ; JA 2017, n° 570, p. 41, étude J. Marfisi, et 2018, n° 572, p. 39, étude J.-F. Paulin et M. Julien ; AJ contrat 2017. 480, obs. C.-E. Bucher ; Dr. soc. 2018. 170, étude R. Vatinet, et 175, étude Y. Pagnerre ; RDT 2017. 715, obs. L. Bento de Carvalho ; JS 2017, n° 180, p. 8, obs. X. Aumeran ; RTD civ. 2017. 837, obs. H. Barbier ; Com. 27 sept. 2017, n° 16-13.112, D. 2018. 371, obs. M. Mekki ; AJ contrat 2017. 542, obs. C. Coupet ; Rev. sociétés 2018. 27, note S. Kouhaiz ; RTD civ. 2017. 859, obs. H. Barbier ; RTD com. 2017. 935, obs. J. Moury. V. aussi, sur la QPC relative à l'art. 1124, al. 2, C. civ., Civ. 3e, 17 oct. 2019, n° 19-40.028, FS-P+B+I, D. 2019. 2037, et 2020. 353, obs. M. Mekki ; AJDI 2020. 386, obs. F. Cohet ; RTD civ. 2019. 851, obs. H. Barbier ; JCP 2019. II. 308, obs. D. Houtcieff ; AJ contrat 2020. 23, pratique B. Attias ; JCP 2020. II. 446, obs. I. Najjar. *Contra* M. Fabre-Magnan, De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente, D. 2015. 826.

(4) V. J. Rochfeld, Les droits potestatifs accordés par le contrat, *in* Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 747.

(5) Civ. 3e, 11 mai 2011, n° 10-12.875, *supra* note 2.

(6) I. Najjar, Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, LGDJ, 1967.

(7) P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999. 771.

(8) M.-A. Frison-Roche, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droits des contrats, RTD civ. 1995. 573, n° 2.

(9) D. Deroussin, Histoire du droit des obligations, Economica, 2e éd., 2012, p. 120.

(10) V. R. Demogue, Des droits éventuels, RTD civ. 1905. 723, spéc. 727 et 754 s. ; RTD civ. 1906. 231 ; L. Boyer, Les promesses synallagmatiques de vente, RTD civ. 1949. 1, n° 21, qui cite en outre le Tribunal fédéral Suisse, 15 mai 1930, Recueil officiel, t. LVI, p. 195 : la promesse unilatérale « se caractérise par le fait qu'il n'est pas nécessaire d'un nouveau contrat, mais au contraire qu'il suffit que celui au bénéfice duquel le pacte a été stipulé exprime sa volonté de le faire exécuter pour obtenir le transfert de propriété ».

(11) Sur cette notion, V. M. Bleusez, La perfection du contrat, dir. C. Brenner, th., Paris II, 2021 (comp. *ibid*. n° 191 s., qui distingue les avant-contrats et les contrats imparfaits).

(12) En revanche, la date d'appréciation du prix en cas de lésion laisse songeur. L'art. 1675, al. 2, C. civ. la place au jour de la réalisation de la vente. Le caractère dérogatoire de cette institution à vocation tutélaire pourrait justifier cette exception.

(13) M. Bleusez, *supra* note 11, n° 2.

(14) Sur la formation progressive du contrat par le mécanisme allemand de la *punctation*, V. A. Rieg, La *punctation*, Contribution à l'étude de la formation successive du contrat, *in* Études offertes à A. Jauffret, PUAM, 1974, p. 593.

(15) J.-M. Trigeaud, Promesse et appropriation du futur, *in* Le droit et le futur, PUF, 1985, p. 63.

(16) O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, LexisNexis, 2e éd., 2018, p. 336.

(17) Civ. 3e, 3 nov. 2011, n° 10-26.203, Bull. civ. III, n° 178 ; D. 2011. 2795, et 2012. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; AJDI 2012. 780, obs. F. Cohet-Cordey ; RTD civ. 2012. 114, obs. B. Fages.

(18) Y.-M. Laithier, La prétendue primauté de l'exécution forcée en nature, RDC 2005. 161.

Revirement(s) et trompe l'œil
A propos de l'arrêt du 23 juin 2021 n° 20-17.554 et « l'abandon » de la jurisprudence *Cruz*.

D. Mainguy, Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon Sorbonne, IRJS département « Droit et économie »

(JCP E 2021, à paraître)

Résumé : à la différence de la simple offre de vente, la promesse unilatérale de vente est un avant-contrat qui contient, outre le consentement du vendeur, les éléments essentiels du contrat définitif qui serviront à l'exercice de la faculté d'option du bénéficiaire. Par ailleurs, en application de l'article 1142 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, la jurisprudence retient la faculté pour toute partie contractante, quelle que soit la nature de son obligation, de poursuivre l'exécution forcée de la convention lorsque celle-ci est possible. Il convient dès lors d'apprécier différemment la portée juridique de l'engagement du promettant signataire d'une promesse unilatérale de vente et de retenir qu'il s'oblige définitivement à vendre dès la conclusion de l'avant-contrat, sans possibilité de rétractation, sauf stipulation contraire. Si la rétractation du promettant ne

constitue pas une circonstance propre à empêcher la formation de la vente, les consentements des parties s'étant rencontrés lors de la levée de l'option par les bénéficiaires, la vente est parfaite.

Les colonnes du temple contractuel ont-elles cessé de trembler du fait des coups de boutoir de la jurisprudence, pour clore un débat crispé dont la formule de Denis Mazeaud dans son commentaire de l'arrêt *Cruz* du 15 décembre 1993 rendait parfaitement compte[1] ? C'est ce que la très grande majorité de la doctrine va très certainement considérer à la suite de cet arrêt. Celui-ci fait suite à un premier rendu dans la même affaire, du 6 décembre 2018[2], qui avait déjà fait grand bruit. Il s'agissait en effet du premier arrêt rendu après la réforme du droit des contrats de 2016 et donc du nouvel article 1124 du Code civil, promu précisément pour briser, moins la « jurisprudence Cruz », que celle issue de l'arrêt du 11 mai 2011[3], l'autre « grand arrêt » de cette saga.
Pour ceux, minoritaires, qui ont défendu la « jurisprudence Cruz » dans sa lettre ou son esprit, cet arrêt était attendu en raison du choix hélas fait par l'ordonnance du 10 février 2016 et le texte de l'article 1124 du Code civil, encore que la question de l'exécution forcée en nature de la promesse unilatérale de contracter, point d'orgue de la controverse, restait en suspens. La solution de l'arrêt de 2021 mérite cependant d'être éclaircie. Mme X. et M. E. avaient conclu une promesse unilatérale de vente avec M. et Mme B., portant sur un appartement dans un immeuble en copropriété et de la moitié d'une cour indivise, où l'option par ces derniers ne pouvait être levée avant le décès de la précédente propriétaire, titulaire d'un droit d'usage et d'habitation. Entre-temps, les promettants avaient divorcé, Mme B. devenant attributaire du bien objet de la promesse et la rétractait le 17 février 2010. Constatant cependant le décès de la précédente propriétaire (après la rétractation donc) et l'arrivée du terme suspensif les époux B., bénéficiaires, levaient l'option en janvier 2011 et assignaient Mme E. en vue d'obtenir la réalisation judiciaire de la vente, qu'ils estiment parfaite du seul fait de cette levée d'option. La cour d'appel de Grenoble, dans un arrêt pourtant antérieur à la réforme du droit des contrats, avait, le 20 octobre 2015, fait droit à la demande des bénéficiaires, mais, la Cour de cassation dans le premier arrêt rendu le 6 décembre 2018 avait considéré, sans doute dans une forme de pied-de-nez aux conséquences de la loi de validation de l'ordonnance de 2016 s'agissant des conditions d'entrée en vigueur de cette dernière que l'article 1124 du Code civil ne pouvait s'appliquer et que donc, la solution de l'arrêt de 2011 devait se maintenir[4]. Sur renvoi, la cour d'appel de Lyon maintenait la position de la cour de Grenoble, d'où un second pourvoi conduisant à l'arrêt du 23 juin 2021 dans une décision qui se veut démonstrative mais que l'on pourra mesurer cependant : *7. En application des articles 1101 et 1134 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, et 1583 du même code, la Cour de cassation jugeait jusqu'à présent, que, tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation du promettant ne constituait qu'une obligation de faire. 8. Il en résultait que la levée de l'option, postérieure à la rétractation du promettant, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, de sorte que la réalisation forcée de la vente ne pouvait être ordonnée (3e Civ., 15 décembre 1993, pourvoi n° 91-10.199, Bull. 1993, III, n° 174), la violation, par le promettant, de son obligation de faire ne pouvant ouvrir droit qu'à des dommages-intérêts (3e Civ., 28 octobre 2003, pourvoi n° 02-14.459). 9. Cependant, à la différence de la simple offre de vente, la promesse unilatérale de vente est un avant-contrat qui contient, outre le consentement du vendeur, les éléments essentiels du contrat définitif qui serviront à l'exercice de la faculté d'option du bénéficiaire et à la date duquel s'apprécient les conditions de validité de la vente, notamment s'agissant de la capacité du promettant à contracter et du pouvoir de disposer de son bien. 10. Par ailleurs, en application de l'article 1142 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, la jurisprudence retient la faculté pour toute partie contractante, quelle que soit la nature de son obligation, de poursuivre l'exécution forcée de la convention lorsque celle-ci est possible (1re Civ., 16 janvier 2007, pourvoi n° 06-13.983, Bull. 2007, I, n° 19). 11. Il convient dès lors d'apprécier différemment la portée juridique de l'engagement du promettant signataire d'une promesse unilatérale de vente et de retenir qu'il s'oblige définitivement à vendre dès la conclusion de l'avant-contrat, sans possibilité de rétractation, sauf stipulation contraire. 12. La cour d'appel a relevé que, dans l'acte du*

---

[1] D. Mazeaud, note sous Cass. civ. 3è, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, Cts Cruz : JurisData n° 1993-002405.
[2] Cas. civ. 3ème, 6 déc. 2018, JCP E, 1109, note D. Mainguy ; adde D. 2019. 298, avis Ph. Brun, 301, note M. Mekki.
[3] Cass. 3e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875, Millet Boussard : JurisData n° 2011-008034 ; D. 2011. p. 1457, note D. Mazeaud ; p. 1460, note D. Mainguy ; p. 2683, obs. I. Goanvic ; JCP E 2011, 1670, note Y. Paclot ; JCP N 2011, 1163, rapp. G. Rouzet ; Contrats, conc. consom. 2011, comm. 186, obs. L. Leveneur ; RTD civ. 2011, p. 532, obs. B. Fages ; Defrénois 2011, p. 1023, obs. L. Aynès ; RDC 2011, p. 1133, obs. Y.-M. Laithier ; p. 1259, obs. Ph. Brun.
[4] Comp. D. Mainguy, note sous Cas. civ. 3ème, 6 déc. 2018, JCP E, 1109 ; adde D. 2019. 298, avis Ph. Brun, 301, note M. Mekki.

1er avril 1999, Mme [M] avait donné son consentement à la vente sans restriction et que la levée de l'option par les bénéficiaires était intervenue dans les délais convenus. 13. Ayant retenu à bon droit que la rétractation du promettant ne constituait pas une circonstance propre à empêcher la formation de la vente, elle en a exactement déduit que, les consentements des parties s'étant rencontrés lors de la levée de l'option par les bénéficiaires, la vente était parfaite.
Un revirement, donc, voire plusieurs (1), qui peuvent se révéler être un trompe l'œil (2).

1. Revirement(s) : la formation du contrat promis malgré la rétractation.

Un revirement de jurisprudence saute aux yeux, celui de la jurisprudence *Cruz*. Rappelons que dans cet arrêt, la Cour avait fondé le refus de l'exécution forcée en nature d'une promesse unilatérale de vente rétractée avant la levée de l'option sur le fondement que la promesse crée une « simple » *obligation de faire* à la charge du promettant, insusceptible d'exécution forcée en nature sur le fondement de l'ancien article 1142 du Code civil. Déjà, après 1993, les propositions alternatives à cette solution visaient à obtenir une exécution forcée en nature plus aisée, soit parce qu'il se serait agi d'une obligation de donner soit une obligation de ne pas faire. Dans le premier cas, une obligation de donner, celle de la vente promise (réduisant ainsi les promesses de contracter aux seules promesses de vente), dans l'autre une obligation de ne pas faire dont les conséquences de l'inexécution aurait pu être détruites. Aucune de ces propositions ne convient : écartée l'obligation de donner[5]n restent une obligation de faire ou de ne pas faire dont l'objet est bien mystérieux, sinon une sorte d'obligation de maintenir une offre pendant un certain temps, solution qui au passage, montre bien que la promesse unilatérale de contracter n'est pas si éloignée de la figure de l'offre, dont elle assure la précision et la pérennité. La Cour, dans l'arrêt de 2021, aurait pu fonder sa solution sur l'application de l'article 1124 du Code civil, y compris en retenant, comme elle l'avait fait en 2017[6], une interprétation des règles du Code civil ancien à la lumière du droit nouveau, quand bien même cela aurait été une entorse à l'article 9.2 de l'ordonnance de 2016 telle que durci par la loi de validation en 2018 de l'ordonnance de 2016. On comprend la mesure de la Cour, quand bien même la méthode retenue est bien celle d'une application de l'ordonnance de 2016 par anticipation, ce d'autant si, entendant les arguments de notre collègue désormais avocat général Philippe Brun[7], et d'une doctrine très majoritaire, elle souhaitait mettre un coup d'arrêt définitif à la jurisprudence *Cruz*, la renvoyant du champ du droit civil positif vers celui de l'histoire du droit civil ou de la critique doctrinale, inversant donc les positions.
Toutefois cette précaution aboutit à un deuxième revirement de jurisprudence, plus discret et moins explicable, celui de l'arrêt de 2011. La Cour de cassation retient une solution presque entièrement articulée sur l'arrêt Cruz : *« à la différence de la simple offre de vente, la promesse unilatérale de vente est un avant-contrat qui contient, outre le consentement du vendeur, les éléments essentiels du contrat définitif qui serviront à l'exercice de la faculté d'option du bénéficiaire et à la date duquel s'apprécient les conditions de validité de la vente, notamment s'agissant de la capacité du promettant à contracter et du pouvoir de disposer de son bien. Par ailleurs, en application de l'article 1142 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, la jurisprudence retient la faculté pour toute partie contractante, quelle que soit la nature de son obligation, de poursuivre l'exécution forcée de la convention lorsque celle-ci est possible (1re Civ., 16 janvier 2007, pourvoi n° 06-13.983, Bull. 2007, I, n° 19). Il convient dès lors d'apprécier différemment la portée juridique de l'engagement du promettant signataire d'une promesse unilatérale de vente et de retenir qu'il s'oblige définitivement à vendre dès la conclusion de l'avant-contrat, sans possibilité de rétractation, sauf stipulation contraire ».* Aux coups de boutoirs doctrinaux succèdent ainsi le lourd son du marteau pilon judiciaire : la promesse contient, en son sein, l'engagement *définitif* de vendre par le promettant *« à la différence de l'offre de vente »* : la distinction est artificielle et saisit un argument erroné des critiques de la jurisprudence *Cruz.* Sa solution aurait en effet rapproché l'offre de vente de la promesse de contracter, ce qui est exact dans ses effets, point d'exécution forcée en nature, mais point dans leur contenu. Jamais il n'a en outre été question de considérer que l'offre de vente aurait contenu l'engagement définitif de vendre. La solution contient donc une interprétation qui correspond aux vœux de la critique la plus radicale, à savoir que la promesse de contracter contiendrait le consentement, définitif, du promettant au contrat promis.

[5] Comp. M. Fabre-Magnan, « Le mythe de l'obligation de donner », RTDciv. 1996, p. 85.
[6] Cass. soc. 21 sept. 2017, n°16-20.103 et n°16-21.104, D. 2017, p. 2007, note D. Mazeaud; AJCA 2017, p. 480, note C.-E. Bucher, RJDA 2017, p. 899, note D. Mainguy ; Gaz. Pal. 10 oct. 2017, p. 13, note M. Lattina, Gaz.pal. 9 janv. 2018, p. 29, note D. Houtcieff.
[7] Ph. Brun, avis sur Cass. civ. 3è 6déc. 2018, préc.

Tellement définitif, cet engagement d'ailleurs, qu'une clause contraire peut l'écarter. Or, c'est exactement le contraire que l'arrêt de 2011 avait décidé. En effet, l'argument de l'engagement définitif, ou irrévocable, du promettant à la vente promise emporte des conséquences qui dépassent le domaine des promesses de vente : quel contrat emporte ainsi un engagement définitif, irrévocable à un contrat à venir, quel contrat contient, tout simplement, un engagement définitif, irrévocable, de telle sorte qu'une résolution ou résiliation, même atrocement abusive, ne serait pas efficace. On peine à mesurer les effets délirants que la généralisation d'une telle solution pourrait emporter si on admet que rétractation, révocation, résiliation, dénonciation ne sont que des synonymes pour identifier l'hypothèse dans laquelle, même fautivement, un contractant signifie à son contractant qu'il ne souhaite plus poursuivre le contrat, ce qui était, par ailleurs, la solution de l'arrêt *Clinique des Ormeaux* de 1996, pourtant loué par les mêmes qui critiquent la jurisprudence *Cruz*, et la reconnaissance de l'efficacité de la résolution unilatérale aux risques et périls de son auteur, devenu l'article 1226 du Code civil. On pourrait admettre que l'article 1124 du Code civil constituerait alors une exception à cette règle, confinée au cas des promesses de contracter. Dans l'arrêt de 2011, la cour avait plus finement considéré que ce n'était pas une question *obligationnelle* qui faisait obstacle à l'exécution forcée, mais *contractuelle* : ce n'était pas une obligation non inexécutée qui posait difficulté, mais le contrat de promesse lui-même[8]. C'était beaucoup plus habile et prenait en compte le fait que le contrat da promesse de contracter est un contrat comme les autres et l'arrêt de 2011 avait contré l'argument en considérant que la rétractation-résiliation de la promesse par le promettant avant la levée d'option faisait obstacle à la formation du contrat promis : point d'obligation non exécutée, point d'engagement *définitif* de vente. Il aurait suffi à la Cour, en 2021, de renverser l'arrêt de 2011, en citant, ou non, la formule de l'article 1124 du Code civil – c'est d'ailleurs ce qui était attendu dans l'arrêt du 6 décembre 2018 qui est l'objet d'un troisième revirement de jurisprudence cette fois s'agissant de l'application stricte de l'article 9-2 de l'ordonnance de 2016 – pour considérer que la rétractation de la promesse, sans motif particulier recevable, ne faisait pas obstacle à la formation du contrat promis. A bien des égards, c'est ce que la Cour tente de retenir en visant maladroitement l'ancien article 1142 du Code civil tout en précisant que le bénéficiaire dispose de la faculté de poursuivre l'exécution forcée de la *convention*, et, de surcroît, dans son dernier point, que : *« ayant retenu à bon droit que la rétractation du promettant ne constituait pas une circonstance propre à empêcher la formation de la vente, elle en a exactement déduit que, les consentements des parties s'étant rencontrés lors de la levée de l'option par les bénéficiaires, la vente était parfaite ».* Il y aurait donc des « circonstances propres à empêcher la formation de la vente », renvoyant donc à la solution de 2011, ce qui entre en contradiction avec le caractère supposément *définitif* de l'engagement du promettant-vendeur.

Près de 30 ans de débats, parfois âpres, sur un point du droit des contrats qui n'est qu'apparemment un détail mais en réalité symbolique, mais le résultat pêche par excès de volonté démonstrative. Les arguments contraires sont connus : le contrat de promesse de vente est un contrat comme les autres, distinct du contrat promis (qui est plus souvent autre chose qu'une vente d'immeuble) dont la formation est suspendue à une levée d'option (y compris l'engagement du vendeur-promettant donc), susceptible, comme n'importe quel contrat de résolution unilatérale, même abusive, le consentement forcé d'une partie est impossible, etc.[9] A bien des égards, à travers ce débat, il s'agit de savoir de quel modèle de contrat, comprenant le contrat de promesse, on parle : est-ce un contrat fondé sur une logique, économique, de circulation des richesses et des biens ou un contrat abstrait, moral, fondé sur le respect de la parole donnée ? La solution de 2021 s'inscrit dans cette deuxième logique. Les conséquences sont radicales pour le contrat de promesse en suscitant une interprétation, tirée de l'article 1124 du Code civil, mais qui ne s'imposait nullement : le promettant, quand bien même il rétracterait cette promesse, est *déjà* engagé par le contrat promis dont il a pourtant

---

[8] Comp. R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente : Defrénois 1999, art. 37021, p. 833 ; P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat : RTD civ. 1999, p. 771.

[9] M. Fabre-Magnan, « Le mythe de l'obligation de donner », RTD civ. 1996. 85 et spéc. n° 17, « L'engagement du promettant : engagement ou contrat préparatoire ? » in Jurisprudence et doctrine : quelle efficacité pour les avants-contrats ?, RDC 2012/2, « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente. Dernière plaidoirie avant l'adoption du projet de réforme du droit des contrats », D. 2015, p. 826, Droit des obligation, t. 1, PUF, 4ème éd., 2021, n°249, F. Bellivier et Ruth Sefton-Green, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2000, p. 91, D. Stapylon-Smith, « La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir ? », art. cit., , D. Mainguy, « L'efficacité de la rétractation de sa promesse par le promettant », RTD civ. 2004. 1 ; « À propos de "l'affaire de la rétractation de la promesse unilatérale de vente" », JCP G 2012. 808, J. Rochefeld, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », Mél. J . Ghestin, LGDJ, 2001, p. 747 A. Gaillard, « Atteinte à la liberté contractuelle et exécution forcée d'une promesse unilatérale de vente », Dalloz actualité, 3 déc. 2019.

clairement indiqué qu'il n'en voulait plus, quitte à être condamné lourdement pour cette faute contractuelle, question qui n'a pratiquement jamais été dans le débat judiciaire,.

2. Trompe l'œil : l'exécution forcée, lorsqu'elle est possible

La question de l'exécution forcée, en nature ou en équivalent, du contrat de promesse est le point de mire de l'ensemble de la difficulté et, à bien des égards, la difficulté qui a conduit jusqu'à présent la Cour de cassation à maintenir la jurisprudence *Cruz*. Dans la plupart des situations, qui ne sont pas celles de cet arrêt, l'exécution forcée en nature n'est pas possible parce que l'objet du contrat promis, une vente, n'est plus disponible ou parce que l'exécution forcée n'est pas sérieuse, par exemple parce qu'elle implique, pour un contrat promis autre qu'une vente, la personne même du promettant. Songeons à une promesse unilatérale de vente d'un bien meuble qui a pu circuler plusieurs fois avant que le bénéficiaire lève l'option, engage une action et, *a fortiori,* succède dans celle-ci, ou encore une promesse unilatérale de contrat d'entreprise. On conçoit évidement que pour le bénéficiaire, et notamment pour un contrat promis de vente, la sanction par exécution forcée par équivalent de la rétractation par le promettant de la promesse avant la levée de l'option (ce qui suppose que le bénéficiaire avait bien l'intention d'y procéder), était, dans bien des cas, insuffisante ou décevante. La première étape pour le bénéficiaire déçu consiste à établir que le contrat promis est formé. Le revirement de 2021 l'assure désormais : la rétractation ne fait plus obstacle à la formation du contrat promis, y compris d'ailleurs pour des promesses conclues avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016. Toutefois, avec cet arrêt ou sur le fondement de l'article 1124 du Code civil, la question de l'exécution forcée en nature, deuxième étape, demeure du domaine des règles du droit commun des contrats. Là encore, dans cet arrêt, on ne peut manquer de pointer du doigt la confusion, peut-être volontaire d'ailleurs, entretenue par l'arrêt commenté s'agissant du fondement technique de la question de l'exécution forcée en nature d'une obligation, relevant de l'ancien article 1142 et désormais de l'article 1221 du Code civil, ou du contrat, relevant de l'ancien article 1184 et désormais de l'article 1228 du Code civil.
Or, la formation de la vente n'est point empêchée par la rétractation certes, selon la dernière partie de la solution, mais la question de l'exécution forcée en nature prévue dans l'arrêt n'est pas très claire : vise-t-il l'exécution forcée en nature du contrat de promesse et de « l'obligation » qu'il contient ou du contrat promis ? A supposer que, demain, la Cour de cassation admette que c'est bien l'exécution forcée du contrat promis, et non d'une obligation indéfinissable du contrat de promesse, qui est en jeu, la question demeure cependant complexe. L'exécution forcée en nature est désormais, certes, le principe, s'agissant de celle d'une obligation, pour autant qu'elle soit possible ou qu'elle ne soit pas manifestement disproportionnée avec l'enjeu du litige. C'est d'ailleurs et au passage, comparé à la situation antérieure, un durcissement considérable pour les débiteurs. Il demeure que, du point de vue du droit commun des contrats, l'arrêt se fonde sur la solution d'un arrêt du 16 janvier 2007[10] et, implicitement, sur le texte de l'article 1221 du Code civil et l'exécution forcée en nature d'une *obligation* ou de la *convention*, « *lorsqu'elle est possible* ».
Trois situations sont alors possibles. La première est celle d'une rétractation « caprice » : le promettant manque à son engagement, la rétractation ne fait pas obstacle à la conclusion du contrat promis, l'objet du contrat promis est toujours disponible, l'exécution forcée demeure possible. C'est, à bien des égards, la situation d'espèce et celle à l'origine de la controverse doctrinale majeure engagée depuis 1993. Défendant à la fois l'impossibilité juridique de contraindre le consentement d'un contractant qui refuse d'exécuter un contrat[11] et le « droit d'option » d'un contractant qui, même par caprice, refuse cette exécution, au prix d'une réparation par équivalent, nous louions la jurisprudence antérieure, tout en demandant une sanction indemnitaire sérieuse du promettant, et continuons de critiquer celle issue de ce revirement, quand bien même elle formerait désormais, et sans conteste, le droit positif. Elle illustre d'ailleurs l'une des zones aveugles de cette saga jurisprudentielle, celle, au-delà d'une réparation par équivalent, de l'indemnisation, éventuellement forte, du préjudice, par exemple de frustration subie par le bénéficiaire, c'est-à-dire d'une faute très grave, éventuellement lucrative du promettant. Observons que le « caprice » pourrait reposer sur une difficulté économique, la valeur du bien telle qu'elle avait été fixée dans la promesse ayant pu être réévaluée à la hausse au moment de la levée d'option, la frustration changeant alors de camp. La deuxième

[10] Cass. civ. 1ère 16 janv. 2007, n° 06-13-983, D. 2007, p. 1119, note O. Gout, JCP G 2007, I, 161, n+6, obs. M. Mekki, RTD civ. 2007, p. 342, obs. J. Mestre et B. Fages, RDC 2007, p. 719, obs. D. Mazeaud.
[11] Adde : M. Fabre-Magnan, « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente. Dernière plaidoirie avant l'adoption du projet de réforme du droit des contrats », art. cit., A. Gaillard, « Atteinte à la liberté contractuelle et exécution forcée d'une promesse unilatérale de vente », art. cit.

situation est celle d'une rétractation « enchère » : le promettant rétractant la promesse pour mieux renégocier une nouvelle promesse à un nouveau prix. Dans cette situation, on comprend que le droit nouveau saisit la rétractation comme une forme de fraude aux droits du contractant, et l'exécution forcée en nature est possible, mais demeure entier le traitement du problème de la perte de valeur subie par le promettant, voire le changement de circonstances économiques qu'il pourrait alors tenter de faire valoir via la mise en œuvre de l'article 1195 du Code civil. La troisième situation est celle d'une rétractation « vente » : le promettant a cédé le bien à un tiers, rétractant ou non explicitement la promesse. Dans cette situation, l'exécution forcée en nature est impossible, et il s'agit même sans doute d'une *« circonstance propre à empêcher la formation de la vente »*. Si c'est le cas, la vente ne pouvant être formée, on voit mal comment la question pourrait s'articuler avec les conditions de la mise en œuvre de l'alinéa 4 de l'article 1124. *« Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul »*, sans doute, mais le contrat promis n'est pas formé, sauf à saisir l'ensemble de manière globale, la nullité du contrat tiers *et* celle de la rétractation, ce qui serait considérablement ajouter au texte, pour faire entrer la rétractation dans le domaine de « l'illicite », ce qui serait très exagéré. C'est là d'ailleurs que le bât blesse : le contrat de promesse n'est pas publié et rares sont les situations dans lesquelles le tiers connaissait l'existence de la promesse, emportant la nullité du contrat conclu pour fraude aux droits du bénéficiaire, sinon dans des promesses conclues dans un cercle familial ou dans les promesses de cessions de titres contenues dans des statuts ou pactes d'actionnaires par exemple.

C'est là, aussi, que le revirement se présente comme un trompe-l'œil : l'exécution forcée d'une promesse de contracter n'est possible que dans des cas finalement assez restreints. Il convient, en premier que le contrat promis soit susceptible d'exécution forcée en nature. Le modèle sur lequel tout le monde débat est celui d'une promesse unilatérale de *vente*, c'est-à-dire que le raisonnement se fonde sur le caractère abstrait du transfert de propriété du contrat promis, comme dans une promesse synallagmatique de vente. C'est globalement ce qui justifie l'idée défendue par les critiques de l'arrêt *Cruz* à savoir que le contrat de promesse contiendrait le consentement, « définitif », du promettant à la vente, empêchant, sauf clause contraire, l'efficacité de la rétractation. S'agissant d'un contrat de promesse de bail, de travail, de franchise, etc., on peut être beaucoup plus dubitatif sur la disponibilité de l'objet du contrat promis et du consentement « définitif » du promettant. Dans les promesses unilatérales de vente, l'exécution forcée en nature est en outre possible uniquement dans les cas dans lesquels elle n'est pas entravée par une situation juridique y faisant obstacle, disons pour résumer, lorsque le promettant est encore propriétaire de la chose. Dans les autres cas, le bénéficiaire doit engager une action en nullité de la vente (ou d'une autre situation juridique) tierce, à supposer que ce soit possible et surtout qu'il parvienne à établir que le tiers connaissait l'existence de la promesse. On se trouve un peu dans la situation proposée par l'arrêt de 2006 dans lequel la Cour retenait des conditions permettant l'exécution forcée en nature d'un pacte de préférence, mais dans des conditions tellement strictes, reprises dans l'article 1123 du Code civil d'ailleurs, qu'elles en réduisent considérablement la portée[12]. Un revirement sans aucun doute donc, mais un trompe-l'œil.

[12] Ch. mixte 26 mai 2006, D. 2006. 1864, note D. Mainguy, 1861, note P.-Y. Gautier, JCP 2006, II, 10142, note L. Leveneur.

RTD Civ. 2004 p.1

L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter (1)

Daniel Mainguy, Agrégé des facultés de droit ; Professeur à la faculté de droit de Montpellier

L'essentiel

Le célèbre arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 15 décembre 1993 rendu à propos de la rétractation de sa promesse par le promettant est (presque) unanimement critiqué par la doctrine. Pourtant la jurisprudence maintient le cap, contre vents et marées. Elle a sans doute de bonnes raisons, qui sont souvent oblitérées par la doctrine. Il s'agit donc ici de vérifier quelques-unes de ces raisons et de passer en revue les arguments généralement invités au débat. Où l'on se rend compte que, comme souvent, la doctrine « autolégitime » ses prises de position, ici à partir d'une définition de la promesse de vente qu'elle a considérée comme vraie, érigeant donc en erreur toute proposition jurisprudentielle qui contredit le modèle. Nous voudrions simplement poser quelques jalons justifiant la position prétorienne qui s'inscrit pleinement dans la théorie générale de l'avant-contrat et, plus globalement, des contrats.

1. Peut-on défendre et justifier la position de la Cour de cassation dans la question de la rétractation de la promesse de contracter ? A lire les commentaires presque unanimement critiques de la doctrine, il faudrait croire que non. « Colonne du temple contractuel, l'article 1134, alinéa 1er du code civil vient de subir ... un coup de boutoir propre à le faire vaciller », commentait dans une note vitriolée (2) notre collègue et ami D. Mazeaud qui poursuivait ainsi : « désormais, les conventions, plus précisément les contrats, tiennent lieu de loi à ceux qui les ... respectent ». Tandis que Mme Rose-Noëlle Shütz grinçait : « comme celles des hommes politiques, les promesses unilatérales de vente n'engagent-elles que ceux à qui elles sont faites ? » (3).

C'est dire dans quel état d'esprit la doctrine s'est placée face aux solutions jurisprudentielles en la matière, et combien difficile est la tâche de légitimer, autant que faire se peut, la position de la Cour de cassation qui nous paraît tout au contraire marquée du sceau de la sagesse et de l'efficacité.

2. Beaucoup a été déjà dit et écrit sur le sujet, ou plutôt contre le sujet : après l'arrêt du 15 décembre 1993 (4), dont on rappellera simplement avant d'y revenir que la Cour de cassation avait décidé d'accorder pleine efficacité à la rétractation de sa promesse par le promettant avant la levée de l'option par le bénéficiaire, l'autorité de promesse unilatérale de contracter est ramenée au niveau de celle d'une offre, l'utilité même de la promesse comme outil contractuel est réduite à néant, la bonne foi contractuelle part en lambeau, le respect de la parole donnée est un principe outrageusement bafoué, etc.

Les critiques portées contre ces solutions sont bien souvent autant philosophiques ou morales, voire moralistes, que véritablement techniques, pour tenter de faire admettre que la sanction du promettant rétractant sa promesse devrait dépasser la seule hypothèse de l'allocation de dommages et intérêts et reconnaître le maintien forcé de la promesse de façon à contraindre la formation du contrat promis. Le débat est donc tout autant présenté autour de la question de l'efficacité de la promesse que, plus largement, sur celle de savoir si l'exécution forcée d'un contrat doit aboutir à son exécution en nature. Tel est l'objectif de la quasi-unanimité de la doctrine. Nous voudrions précisément esquisser dans cette étude quelques arguments, même isolés, confortant la position de la Cour de cassation : il ne nous paraît ni possible ni souhaitable de renverser cette solution car l'exécution par équivalent satisfait largement, en principe, le créancier (5).

3. Replaçons en premier le problème dans son contexte contractuel. Les promesses de contracter s'inscrivent dans le

temps de l'avant-contrat, de la négociation, des pourparlers, des palabres. Elles sont des techniques juridiques contractuelles qui instrumentalisent ces négociations par la rédaction d'un véritable contrat, un contrat préparatoire en vue de la conclusion, hypothétique mais encouragée, d'un contrat préparé, d'un contrat promis, un contrat de vente, de prêt, un contrat de société ou de travail. Et bien d'autres encore que la pratique nourrit comme autant de reflets du principe de la liberté contractuelle. Nombreux sont les contrats ainsi usuellement préparés par un contrat de promesse, alors que l'on raisonne souvent exclusivement à partir de la seule promesse de vente, ce qui est alors très réducteur. Parmi les contrats de l'avant-contrat, la promesse unilatérale de contrat dite aussi contrat d'option (6) se présente comme un contrat modèle (7) dont, surtout, la promesse unilatérale de vente (8). Ces promesses peuvent alors être classées comme des contrats ayant pour objet une obligation de contracter (9). La distinction avec la promesse synallagmatique de vente, le compromis de vente dont parle la pratique notariale, est souvent moins nette qu'on veut bien le penser. Si dans cette dernière les deux parties entendent contracter, il apparaît que cette rencontre des volontés ne forme pas systématiquement le contrat promis, ce qui permet de maintenir les promesses synallagmatiques dans le camp des contrats préparatoires. On évoque même une simple différence géographique : les promesses unilatérales seraient surtout observées à Paris et dans le Midi tandis que les promesses synallagmatiques gouverneraient le reste de la France (10).

Contrats préparatoires modèles, les promesses de contrat sont d'ailleurs les seules évoquées par le code civil, à travers l'article 1589 du code civil rejoint médiocrement par un article 1589-1 issu de la loi « SRU » du 13 décembre 2000. Elles sont des formules contractuelles très usitées, nées de la pratique notariale (11) et dont la jurisprudence et la doctrine ont déterminé le régime. Elles peuvent se définir comme les contrats qui ont pour objet de créer à la charge soit de l'une (promesse unilatérale), soit des deux parties (promesse synallagmatique) l'obligation de conclure un contrat déterminé dans sa nature et son contenu. La promesse unilatérale de contrat peut se définir comme l'accord par lequel l'une des parties, le promettant, promet à l'autre, le bénéficiaire, de conclure, si celui-ci lève une option résultant de la promesse avant l'expiration d'un délai déterminé, un contrat dont les éléments sont d'ores et déjà définis dans ledit accord. « En d'autres termes, le bénéficiaire de la promesse prend acte de l'engagement du promettant, mais ne promet pas de conclure le contrat définitif. Il dispose d'une option qui lui laisse dans l'avenir la liberté de donner ou non son consentement à celui-ci » (12). C'est à partir de cette définition communément admise que les analyses diffèrent sur le fondement, essentiellement, de la considération du contenu de la promesse de contracter, de l'intensité de l'engagement du promettant et donc de la rétractation de la promesse par ce dernier. Or, nous verrons que cette définition est essentiellement doctrinale de sorte que la critique, doctrinale, de la jurisprudence repose sur un simple discours : serait fausse la prétention de la Cour de cassation de donner une solution qui, au final, renverse la définition donnée par la doctrine. Il restera cependant à mesurer l'autorité et la justesse de cette définition.

4. Parmi les nombreuses difficultés posées par les promesses de vente, celle constituée par la rétractation de sa promesse par le promettant est assurément la plus encline à la polémique. Si les enjeux économiques sont en effet très importants, les analyses retenues, sur un plan fondamental, ne le sont pas moins car c'est alors la conception du contrat que l'on se fait qui est placée en exergue.

Ainsi, Mme M. Fabre-Magnan traitait de cette question, pour approuver elle aussi la solution jurisprudentielle, à partir de l'analyse parfois tentée de l'objet de l'obligation du promettant comme une obligation de donner. Elle montrait ainsi que l'obligation de donner est une obligation impossible, plus qu'inutile, surtout pour expliquer le mécanisme du transfert de propriété, et elle cherchait à démontrer que le transfert de propriété en tant qu'effet du contrat se suffit à lui-même. Elle réfutait alors l'alternative entre obligation de donner susceptible d'exécution forcée et obligation de faire qui ne le serait pas, telle que la jurisprudence la présente en matière de promesses de vente, qu'elles soient unilatérales ou synallagmatiques (13).

A l'inverse, M. P. Ancel a, dans un célèbre article intitulé Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, placé le débat autour de la distinction opposant la conception fondée sur l'autonomie de la volonté, disons la conception individualiste, et la conception normativiste. La conception classique, telle du moins que la présente M. Ancel, envisage le contrat - et la promesse de vente - comme un outil simplement producteur d'obligations de donner, de faire ou de ne pas faire. Il constate que bien des effets d'un contrat ne sont pas des obligations : des options, des

renonciations, des paiements, des facultés, des libertés, des délais, des effets de toute nature, constitutifs, extinctifs, abdicatifs, translatifs... La force obligatoire du contrat ne se confond donc pas avec le contenu obligationnel du contrat : ce serait réducteur, faux et inefficace. Jusque-là, tout le monde est d'accord. On peut l'être moins lorsqu'il rattache ce constat à la doctrine normativiste, disons pour résumer kelsénienne, qui ferait du contrat l'une des normes de sa fameuse pyramide : le contrat ne produirait ses effets que dans la mesure de ce que la loi autorise. Cette association n'est nullement nécessaire : le contrat est certes un acte normateur au sens où le décrit P. Ancel mais sans que l'on doive le rattacher impérativement à la pyramide des normes. Le mot « norme » contractuelle est-il identique au terme « norme » tel qu'on l'envisage en matière de théorie ou de philosophie du droit ? C'est autant une question de théorie du droit et de conception des sources du droit (14) qu'un problème de philosophie analytique qu'il ne nous appartient pas de résoudre ici mais, plus techniquement, on pourrait par exemple objecter que les contrats internationaux et bien des contrats d'affaires n'ont pas nécessairement besoin d'une permission légale pour être obligatoires et se satisfont de la loi du marché. On observera encore, quoique rapidement, que la démonstration présente une certaine radicalité en ce sens que la sanction de la force obligatoire du contrat conduit presque nécessairement à l'exécution en nature du contrat. On peut au contraire dissocier les deux propositions. La force obligatoire du contrat et son exécution, éventuellement forcée d'une part, la question des moyens de parvenir à cette exécution, exécution en nature ou exécution par équivalent. Nous y reviendrons car ces détours théoriques ne sont guère éloignés de la question qui nous occupe ici. D'autres distinctions fondamentales pourraient encore être appelées en renfort de l'analyse des promesses de contracter : celle qui oppose les tenants d'une conception subjective du contrat contre les tenants d'une conception plus objective. On rencontre cette distinction notamment à l'examen des mécanismes de circulation du contrat mais aussi dans les promesses avec le problème des clauses de substitution. Où la conception subjective renâcle à admettre la cession d'un contrat, la conception objective l'admet bien plus aisément : le contrat est autant un bien qu'un lien, le contrat avant les contractants. On peut encore inviter la distinction qui oppose les tenants d'une conception morale ou sociale du contrat où l'on reconnaîtra l'approche solidariste du contenu du contrat contre les tenants d'une conception plus utilitariste du contrat. Toutes ces approches du contrat, que l'on ne va bien entendu ni inventorier ni analyser ni discuter ici, éclairent plus ou moins les arguments qui sont présentés dans le débat de l'efficacité de la promesse de contracter.

5. Dès lors, il paraît indispensable de reprendre l'ensemble de l'analyse doctrinale et jurisprudentielle sur le thème de la promesse de contracter. Pour ce faire, un rapide tour d'horizon permettra en premier un regard, technique, sur *le constat de l'efficacité de la rétractation* afin de déterminer de quelle façon la jurisprudence traite de cette question ; il impliquera en second une interrogation sur *la justification de l'efficacité de la rétractation* de la promesse de contracter, laquelle offrira l'occasion d'annoncer les raisons de la solution jurisprudentielle.

Le constat de l'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter

6. Rétracter ? Rétractation ? Voilà des termes bien curieux, que M. G. Cornu dans son Vocabulaire juridique (15) prend soin d'expliciter, consacrant ce faisant sa juridicité : « manifestation de volonté contraire par laquelle l'auteur d'un acte ou d'une manifestation unilatérale de volonté entend revenir sur sa volonté et la retirer comme si elle était non avenue, afin de la priver de tout effet passé ou à venir ». Le terme n'est d'ailleurs pas réservé au contrat de promesse. Le droit de la consommation et son code fourmillent de délais et de facultés de rétractation, celle de l'article L. 121-16 en matière de contrats conclus à distance, de l'article L. 121-25 en matière de démarchage à domicile, ou encore de l'article L. 311-15 en matière de crédit à la consommation. Signalons enfin et surtout, par un singulier paradoxe, la faculté de rétraction de l'acheteur non professionnel immobilier de l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation issu de la loi « SRU » du 13 décembre 2000. Il s'agit cependant moins de formules contractuelles de « rétractation » que des sortes de clauses légales de dédit à titre gratuit dans lesquelles la réflexion d'un contractant est aménagée *a posteriori*, pour lui permettre de revenir sur un engagement pris peut-être à la légère ou en raison de l'utilisation de techniques commerciales incitatives et agressives.

La « rétractation » de la promesse est sans doute un terme moins fort que celui envisagé par M. Cornu dans la mesure où le but de la rétractation n'est pas « de la priver de tout effet passé ou à venir ». Le terme emprunte également à la signification usuelle du terme : « le fait de déjuger ce qui a été fait, dit ou écrit » affirme le Littré. Dans tous les cas, le terme « rétractation » est affecté d'un certain préjugé négatif qui n'est vraisemblablement pas sans influence sur la conception que l'on peut se faire du contenu de la promesse et de son régime. Rétracter une affirmation consiste à déclarer que l'on a plus l'opinion que l'on avait exprimée, c'est-à-dire démentir ; se rétracter consiste à reconnaître

formellement la fausseté de ce qu'on a affirmé. Le terme « rétractation » est donc assez négatif, il renvoie également au terme « retraite » et l'on parle de la retraite honteuse d'une armée, voire de sa débâcle, même si certaines sont admirables.

Face à ces constats bien négatifs, nous préférerions un terme plus contractuel, moins marqué, plus neutre. Disons d'emblée avant de le démontrer que la formule - évidemment moins imagée, moins directe - de « résiliation unilatérale du contrat de promesse par le promettant » nous paraît bien préférable et plus conforme à la réalité contractuelle, dans laquelle la rétractation de la promesse consiste pour le promettant soit, directement, à retirer sa promesse, un peu comme le pollicitant retire, rétracte, son offre soit, indirectement, par exemple par la vente de la chose par le promettant. Ces constats permettront de mesurer, d'une façon générale, le degré d'efficacité de la promesse de contracter.

Les formes directes de rétractation de la promesse

7. La première forme de rétractation de sa promesse par le promettant est la rétractation proprement dite de la promesse de contracter : le promettant indique au bénéficiaire qu'il n'entend plus être lié par celle-ci avant que le bénéficiaire ait levé l'option et, partant, privant ce dernier de la possibilité d'opter, malgré les termes et l'objet du contrat de promesse. Il s'agit en corollaire de savoir si l'exécution forcée de l'engagement du promettant est possible dans l'hypothèse où le promettant rétracte sa promesse, et de quelle façon doit s'entendre cette exécution forcée.

L'analyse doctrinale classique privilégie l'observation suivante de l'engagement du promettant. Celui-ci a engagé son consentement au contrat promis de façon irrévocable en concluant la promesse de contracter en sorte que, à la différence de la simple offre de contracter, le promettant ne pourrait rétracter sa promesse ou tout au moins, cette rétractation serait inefficace : « le contrat d'option rend l'offre irrévocable »(16). De sorte que la seule sanction sérieuse du promettant serait d'ignorer sa rétractation. C'est donc une exécution en nature de la promesse qui est choisie. L'analyse classique fait par conséquent de la promesse de contracter un contrat très proche du contrat promis. A bien des égards d'ailleurs, le contrat promis apparaît comme à moitié conclu, s'agissant du promettant tout au moins. Le bénéficiaire pourrait toujours lever l'option, dans les conditions qui étaient initialement fixées, et faire constater la formation de la vente pour demander, ainsi, l'exécution forcée en nature de la promesse.

8. Pourtant, contre l'avis de la majorité de la doctrine, la Cour de cassation s'est prononcée dans l'important arrêt(17) du 15 décembre 1993 en défaveur de toute exécution forcée du promettant(18). Rappelons brièvement les faits : Mme Godard avait consenti une promesse de vente portant sur un immeuble aux consorts Cruz, accordant à ces derniers une option courant jusqu'au 1er septembre 1987. Mais, le 26 mai 1987, la promettante notifiait aux bénéficiaires sa décision de ne plus vendre. Les bénéficiaires particulièrement têtus levaient tout de même l'option le 10 juin 1987 de sorte que l'appréciation de l'efficacité de la rétractation était particulièrement opportune. Pour la Cour de cassation, la rétractation par le promettant avant l'échéance de la levée d'option est pleinement efficace et le bénéficiaire de la promesse simplement créancier d'une obligation de faire ne peut obtenir l'exécution forcée de la promesse, c'est-à-dire le maintien forcé du consentement du promettant : « les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et ... la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir ».

9. Malgré les contestations unanimes et nombreuses, la Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence. Un arrêt du 26 juin 1996(19) a été l'occasion pour la « doctrine de la Cour de cassation » de manifester à nouveau son attachement à cette solution. Or, cet arrêt du 26 juin 1996 était une bonne occasion pour la Cour de revenir sur l'arrêt de 1993. Elle a délibérément choisi de ne pas le faire. Le conseiller rapporteur D. Prunier invitait ses collègues à « réaffirmer la doctrine de notre précédent arrêt en retenant ... que la recherche (de savoir si le promettant avait rétracté sa promesse alors que le bénéficiaire avait levé l'option) n'était pas demandée, ce qui sous-entend que si elle l'avait été, elle aurait été efficiente, montrant ainsi que seule la levée de l'option est de nature à justifier que le promettant, tenu alors d'une obligation de donner, soit obligé de s'exécuter et qu'à défaut sa volonté soit suppléée par une décision judiciaire »(20), éclairant - peu - une solution ambiguë dont l'interprétation fut divergente(21) mais finalement considérée

comme une solution de confirmation de l'arrêt de 1993.

Ce premier constat est donc bien établi : la rétractation, directe, de la promesse par le promettant avant la levée de l'option est efficace.

Les formes indirectes de rétractation de la promesse de contracter

10. Une forme voisine de rétractation repose sur l'hypothèse de la vente de la chose objet de la promesse par le promettant à un tiers. Il ne s'agit pas seulement d'une hypothèse particulière dérivant de la première car, à la précédente difficulté, s'ajoute la question de savoir si le bénéficiaire pourrait demander l'annulation de la vente consentie par le promettant au tiers au mépris de son droit issu de la promesse.

Or, le bénéficiaire ne dispose que d'un droit personnel contre le promettant et non d'un droit réel sur le bien objet de la promesse, même lorsqu'il s'agit d'une promesse de vente, de sorte que si le principe de l'effet relatif du contrat de promesse impose que le tiers doive respecter son contenu, le bénéficiaire bafoué ne disposera de guère de moyens pour défendre son droit (22). L'exposé de ces solutions montre d'ailleurs que la solution proposée par la Cour de cassation dans son arrêt de 1993 n'est pas isolée, bien au contraire.

11. Contre le promettant, les moyens d'action du bénéficiaire sont limités à des actions en responsabilité contractuelle et ne sont guère plus efficaces contre le tiers acquéreur, d'autant moins que le tiers sera de bonne foi (23). Tout au plus pourra-t-il utiliser, en cas de mauvaise foi du tiers, les moyens offerts par les règles de la responsabilité ou de l'action paulienne de l'article 1167 du code civil. Si le tiers connaissait l'existence de la promesse, il a commis une faute en acquérant ce bien qui pourrait justifier que le juge prononce l'inopposabilité de l'acquisition à l'égard du bénéficiaire de la promesse (24) plutôt que de choisir un mode de réparation par l'allocation de dommages et intérêts destinés à compenser le préjudice subi par le bénéficiaire (25).

12. Plus difficile est la question de savoir si le bénéficiaire déçu peut obtenir l'annulation de la vente conclue entre le promettant et le tiers. L'annulation du contrat conclu avec le tiers au mépris des droits du bénéficiaire ne peut s'autoriser d'une violation de l'adage *nemo plus juris...*, ni, en particulier, de l'article 1599 du code civil relatif à la vente de la chose d'autrui dans la mesure où la promesse unilatérale de vente ne crée pas de droit réel au profit du bénéficiaire et que seul l'acheteur est titulaire de l'action en nullité, relative, de l'article 1599 du code civil.

On considère généralement que le juge pourrait, en cas de fraude manifeste, prononcer éventuellement la nullité du contrat. Une telle fraude ne serait cependant pas la fraude paulienne de l'article 1167 dans la mesure où celle-ci ne connaît pour sanction que l'inopposabilité de l'acte (26). L'annulation pourrait être poursuivie sur le fondement plus général de la règle *fraus omnia corrumpit* au cas où le bénéficiaire serait en mesure de prouver la collusion frauduleuse du promettant et du tiers. Il ne s'agit là, en tout état de cause, que d'une possibilité pour le juge qui choisit le mode de réparation qu'il estime le plus opportun (27). Par ailleurs, le droit du bénéficiaire n'est pas renforcé par la publication de la promesse à la conservation des hypothèques. Le tiers n'est pas de ce fait censé la connaître puisque aux termes des règles de la publicité foncière, il ne s'agit que d'une inscription facultative, mais on pourrait admettre que la publication participe de la démonstration probatoire destinée à renverser la présomption de bonne foi du tiers.

Toutes ces solutions de rattrapage sont bien illusoires. Il paraît assez évident que les solutions résultant des arrêts de 1993 et 1996 sur des rétractations « directes » emportent des conséquences voisines dans des hypothèses de rétractations « indirectes ». La sanction par la substitution du bénéficiaire au tiers, dont le succès était déjà bien douteux auparavant, devient une perspective très lointaine : il suffirait au promettant de rétracter sa promesse puis de vendre au tiers. Le problème est toujours le même : le promettant ne souhaite plus contracter avec le bénéficiaire, peut-on l'y contraindre ?

13. Les difficultés rencontrées par le bénéficiaire d'une promesse ressemblent alors à celles qui auraient été les siennes s'il avait été bénéficiaire d'un pacte de préférence face à un promettant qui n'aurait pas respecté le droit de préférence du bénéficiaire. Or, force est d'observer que les sanctions du promettant, dans un pacte de préférence, sont loin d'être

parfaitement efficaces. Ainsi, pour un pacte de préférence portant sur des actions de sociétés, l'existence d'un tel pacte de préférence n'entrave pas la cessibilité des actions, dans la mesure où le pacte de préférence ne constitue pas une restriction au droit de disposer de ces actions (28). La vente du bien objet du pacte de préférence au mépris du pacte de préférence est donc valable.

Dès lors, la sanction de la violation d'un pacte de préférence consiste simplement en l'allocation de dommages et intérêts au créancier de préférence (29). Le bénéficiaire ne peut donc réclamer l'exécution forcée du contrat en vertu du principe de son effet relatif selon lequel si, bien entendu, le pacte de préférence est opposable au tiers, et réciproquement, le tiers ne saurait se voir lié par les effets obligatoires du contrat (30). Les tribunaux peuvent, seulement, en cas de mauvaise foi du tiers, annuler le contrat conclu avec ce tiers s'il est établi que celui-ci a eu « connaissance non seulement de l'existence de la clause de préférence, mais encore de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir » (31). Ainsi, la Cour de cassation censurait récemment l'arrêt d'appel qui avait annulé une vente « sans rechercher si l'acheteur avait eu connaissance de l'intention du titulaire à faire usage de son droit » (32). Mais on cherche en vain une décision définitive faisant application de cette règle.

En toute hypothèse, le bénéficiaire du pacte ne saurait être substitué au tiers acheteur, et ce malgré un arrêt du 7 mars 1989 (33), dont on a pu penser qu'il admettait implicitement la possibilité de la substitution lorsque était démontrée l'existence d'une fraude commise lors de la violation du pacte de préférence, conséquence directe de la solution désormais établie selon laquelle le pacte de préférence ne constitue pas une restriction au droit (du promettant) de disposer (de l'objet du pacte) en sorte que le promettant n'était pas obligé de conclure mais simplement de préférer comme l'affirmait l'arrêt du 30 avril 1997 (34). Seules la résolution judiciaire et l'allocation de dommages et intérêts peuvent donc être espérées par le bénéficiaire déçu, contre le promettant si le tiers est de bonne foi, contre le promettant et contre le tiers, *in solidum*, si le tiers est de mauvaise foi (35).

14. Le constat est donc à nouveau des plus clairs : la rétractation de sa promesse par le promettant est efficace en ce sens que le bénéficiaire ne peut pas obtenir l'exécution forcée de la promesse, il ne pourra obtenir davantage que des dommages et intérêts. Cette efficacité est clairement affirmée par la Cour de cassation et elle s'inscrit logiquement dans sa jurisprudence sur le non-respect de ce type d'outils contractuels de l'avant-contrat. Encore convient-il de le justifier.

La justification de l'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter

15. La justification de cette efficacité est le coeur du problème posé, une fois constaté le régime de la promesse et donc que la rétractation n'est pas sanctionnée par le maintien forcé du consentement par la jurisprudence.

L'alternative doctrinale aux solutions prétoriennes contestées serait la possibilité d'obtenir, devant une juridiction, la conclusion forcée du contrat promis, son exécution en nature. La perspective existe d'ailleurs : la rétractation de la promesse par le promettant après que le bénéficiaire a opté serait inefficace, le contrat promis étant alors formé. Le bénéficiaire peut obtenir le constat judiciaire de la conclusion de la vente. Mieux, elle permet d'obtenir un titre authentique, par exemple lorsque le vendeur refuse de réitérer la vente en sa forme authentique. La jurisprudence se fonde alors sur l'existence d'une obligation de donner qui permet, elle, l'exécution forcée de l'obligation et du contrat. Surtout envisagée à propos des promesses synallagmatiques de vente (36), elle est pleinement applicable aux promesses unilatérales après que le bénéficiaire a levé l'option.

Il reste donc, à lire la doctrine, à s'offusquer de la solution retenue, ce qui laisse cependant la place à des arguments permettant de la justifier. Nous présenterons ces arguments *pro* et *contra* successivement, plutôt qu'en les entremêlant afin de faire la part de la valeur de chacun de ceux-ci.

Contre la solution jurisprudentielle : il faut imposer la conclusion du contrat promis

16. Les arguments contre la solution sont les plus nombreux et les plus développés en doctrine. Ils se fondent sur la nature de la promesse de vente ou bien sur son contenu mais ils s'accompagnent d'autres qui relèvent de la morale contractuelle.

Arguments tenant à la nature de la promesse de contracter

17. Quel est l'objet d'une promesse de contracter ? C'est l'une des questions centrales. Pour l'essentiel de la doctrine qui critique les solutions jurisprudentielles, la plus importante donc, voire la quasi-unanimité, le promettant a déjà donné son consentement au contrat préparé. C'est la conception classique de la promesse de vente que l'on retrouve, depuis l'article de Boyer sur les promesses synallagmatiques de vente paru en 1949 (37), chez la grande majorité des auteurs d'ouvrages de droit des obligations ou de droit des contrats spéciaux : « Le promettant s'étant d'ores et déjà engagé à vendre à des conditions précises, la réalisation de l'opération ne dépendra plus que de la seule volonté du bénéficiaire » (38). L'affirmation est parfois plus directe. Mes collègues et amis Antonmattéi et Raynard écrivent ainsi que « dans les relations entre les parties, l'engagement du promettant (son acte de volonté à la vente) est irrévocable pendant la durée de validité de la promesse ; il s'ensuit que la rétractation de celui-ci, intervenue à cette époque est normalement inopérante : si le bénéficiaire a déjà levé l'option avant, le contrat est conclu ; si le bénéficiaire n'a pas levé l'option avant la rétractation, il doit toujours pouvoir le faire pendant la durée d'efficacité de la promesse » (39). De même, Mme J. Schmidt présente la promesse comme le contrat ayant « pour objet de mettre à la charge du promettant l'obligation de maintenir l'offre de contrat définitif pendant le délai d'option » (40), de sorte que « il n'est pas exact d'affirmer que le promettant s'engage à conclure le contrat définitif » (41). On se prend à espérer une présentation alternative. Mais elle poursuit : « il a exprimé ce consentement de manière irrévocable dans la promesse si bien que la formation de contrat définitif dépend uniquement de la levée de l'option par le bénéficiaire. L'obligation du promettant consiste à maintenir son consentement à la disposition du bénéficiaire pendant la durée de l'option et, corrélativement, à s'abstenir de tout comportement qui compromettrait la réalisation du contrat définitif ».

Il résulte donc de la conception que la doctrine ultramajoritaire se fait de la promesse de vente que celle-ci est une sorte de contrat hybride : pour le bénéficiaire elle est un véritable contrat préparatoire à la vente en ce sens que la conclusion du contrat définitif n'est pas certaine, tandis que pour le promettant, elle serait déjà la vente. Le maître mot est alors l'irrévocabilité de l'engagement de la promesse par le promettant parce que l'objet de la promesse serait le maintien du consentement. Il nous semble cependant que cela procède essentiellement de l'autosuggestion doctrinale : dans la plupart des cas, les auteurs envisagent en premier la définition de la promesse de vente et donc leur espoir contractuel, avant d'envisager ensuite les solutions jurisprudentielles, pour les regretter, fatalement, puisqu'elles ne concordent pas avec les propos premiers. Or, la promesse de vente n'est pas un contrat spécial répondant à un étalon contractuel qui serait figé dans le marbre de la loi, codifiée ou non. Elle est une création de la pratique dont la doctrine tente de rendre compte. Si l'on observe, à l'inverse, la position jurisprudentielle, on observera que si la promesse comporte une obligation de contracter, celle-ci ne peut pas se solder par le forçage du consentement au contrat promis, fût-ce moralement regrettable.

Arguments tenant au contenu de la promesse de contracter

18. Une deuxième série d'arguments, très voisins des premiers, repose sur le contenu de la promesse et donc sur son exécution. A partir du constat que la promesse engage le promettant comme vendeur, son engagement de vendeur serait irrévocable sur le fondement de l'article 1134, alinéa 1er de sorte que la solution de la Cour « fragilise le droit du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente » (42), si l'on s'en tient à l'opinion doctrinale majoritaire.

Certains auteurs ont cependant fait valoir que cette façon de raisonner - la rétractation n'est pas l'exécution d'une obligation ou du contrat mais une question de révocation d'une obligation - a été contestée par une partie de la doctrine (43) qui considère que la solution, pour contredire efficacement la jurisprudence, pourrait être radicale : il convient en effet d'observer que la rétractation est inefficace en ce sens qu'elle est une violation de l'article 1134 lui-même, et point de l'article 1142 du code civil. Mais il suffit d'observer que cette présentation est un rien artificielle : en quoi la violation de l'engagement de promesse est-il la violation d'un engagement légal et non d'une obligation ? Ne suffirait-il pas au promettant de résilier le contrat de promesse, plutôt que de la rétracter, pour que le résultat soit identique ? C'est alors assimiler révocation de l'engagement et résiliation de celui-ci (44), délibérément.

Il reste alors à découvrir le contenu de la promesse, de sorte qu'il permette de parvenir à ce résultat. L'obligation du

promettant pourrait donc être une obligation ou pas, si l'on suit P. Ancel ou R.-N. Schütz notamment, reprenant en cela les analyses de L. Boyer (45) et de F. Collard-Dutilleul (46).

19. Si l'engagement du promettant se réalise dans une obligation, il s'agira vraisemblablement d'une obligation de faire. C'est la solution retenue par la Cour dans les arrêts de 1993 et 1996. La doctrine qui critique ces solutions retient généralement que cette obligation de faire est de peu de consistance. L'obligation de faire en question ne pourrait qu'être l'obligation à la charge du promettant de maintenir son offre. Pour la doctrine, cette analyse présente cependant un grave inconvénient. Il en résulte en effet que la promesse de vente ne fige pas le consentement du promettant : il n'a pas donné son consentement à la vente. C'est alors toute l'économie de la promesse unilatérale - dans la logique prônée par les tenants de cette conception - qui est bouleversée par cette décision (47).

A moins que l'on admette, pour réaliser et vérifier cette économie du contrat de promesse, que cette obligation de faire soit, au contraire des solutions de 1993 et 1996, susceptible d'exécution forcée, entendons d'exécution forcée en nature. Sans entrer dans les détails de l'application de l'article 1142 du code civil, on sait que le principe selon lequel les obligations de faire se résolvent en dommages et intérêts est appliqué avec une certaine souplesse, en gros selon que l'implication de la personne est ou non envisagée. C'est alors toute la satisfaction du principe de liberté contractuelle qui est en cause.

Les critiques des solutions de 1993 et 1996 considèrent le plus souvent qu'une telle exécution forcée est possible car l'enjeu est la force obligatoire du contrat et non la liberté de contracter ou de ne pas contracter. Soit, mais alors, ce n'est plus le principe de l'article 1142, qui n'évoque que l'exécution des *obligations*, qui serait invoqué. Il paraît en toute hypothèse difficile d'imposer l'exécution forcée en nature de l'obligation de maintenir son offre ou d'une obligation de contracter. La force obligatoire de la promesse de contracter se heurte en effet au principe de la liberté contractuelle. Autant l'obligation de payer ou l'obligation de livrer peuvent faire l'objet d'une « exécution forcée » par le créancier par le biais d'une saisie - ce qui signifie, au passage, que ce n'est pas d'exécution forcée du débiteur dont il s'agit mais simplement de satisfaction contrainte du créancier - autant le maintien de l'offre, pour autant qu'il s'agisse d'une obligation, est impossible à forcer. Elle implique la personne dans ce qu'elle a de plus intime, la volonté, et elle implique une « chose » des plus incorporelles, la volonté encore. Même si « l'exécution forcée des obligations contractuelles de faire » (48) est promue chaque fois qu'elle est possible, et donc que « l'exécution en nature n'est plus une exception, c'est certain » (49), cela ne permet pas de franchir les limites du principe de la liberté contractuelle. Or la promesse de contracter s'inscrit dans le temps de l'avant-contrat, de la négociation. Rien n'est encore figé pour la conclusion du contrat définitif même si la formule contractuelle de la promesse est une formule plus contraignante que les outils traditionnels de la négociation tel le contrat de négociation.

20. Une partie de la doctrine estime cependant que l'obligation pourrait être une obligation de ne pas faire (50), une obligation de ne pas obérer la réalisation de cette première obligation et, notamment, de ne pas offrir la conclusion du contrat objet de la promesse à un tiers voire plus largement de « ne rien faire qui viendrait faire obstacle à la vente si le bénéficiaire lève l'option » (51). A moins qu'il s'agisse d'une obligation particulière, *sui generis* en quelque sorte, « d'une obligation spécifique non protégée par le législateur » (52).

Sans doute également et à l'inverse de ce dont le pourvoi faisait état dans l'arrêt de 1993 par exemple, le promettant n'est pas tenu d'une obligation de donner (53). Une telle obligation de donner ne naît, en effet, qu'à la levée de l'option, formant la vente ou dans une promesse synallagmatique de vente. Par ailleurs, une telle obligation de donner ne vaudrait que pour les promesses de *vente* alors même que le propos peut - doit - être généralisé à l'ensemble des promesses de contrat, contrat translatif de propriété ou non. La jurisprudence évoque d'ailleurs l'existence d'une obligation de donner mais uniquement en face d'une promesse synallagmatique de vente, ou d'une promesse unilatérale de vente ayant fait l'objet d'une option, alors que le vendeur ou l'acheteur (54) refuse de réitérer l'acte en sa forme authentique. L'obligation de donner est alors propre à la vente, ici conclue, point à la promesse et est une technique permettant d'imposer la force obligatoire de la vente, pas de la promesse.

21. L'alternative consiste à déborder l'obligation et son éventuelle exécution forcée en considérant que ce n'est pas une

obligation qui est en question mais le contrat. Mme R.-N. Schütz(55) l'exprime par exemple à travers un raisonnement en deux étapes. En premier, le principe en cause est celui de la force obligatoire du contrat (de promesse) et non la liberté de contracter ou de ne pas contracter (la vente). Elle considère en second et de façon induite que la « promesse de vendre contient plus qu'une simple obligation de maintenir une offre : elle contient un engagement immédiat et définitif de vendre. Cet engagement contractuel est, conformément, à l'article 1134, alinéa 2, irrévocable ; il n'y a donc pas de problème d'inexécution ».

La proposition formulée par P. Ancel est plus sophistiquée. Il considère que les promesses unilatérales de vente contiennent des obligations de faire ou de ne pas faire mais ne se réduisent pas à des obligations. Dans la logique de sa présentation normativiste du contrat, il considère que le promettant ne s'est pas engagé à contracter, à passer le contrat définitif, « cette présentation paraît difficilement conciliable avec la notion même de contrat : peut-on, à titre principal, s'obliger à consentir ? »(56) mais qu'il a d'ores et déjà donné son consentement à la vente, au contrat préparé « lequel n'a plus besoin que de l'acceptation de l'autre pour se former ». L'exécution de la promesse concerne donc l'exécution du contrat de promesse et celle d'une obligation quelconque qu'elle contient. L'exécution forcée de la promesse exprime donc l'engagement du promettant, en ce qu'il est irrévocable : « le promettant n'est pas dans la situation d'un débiteur mais ... il est, plus fondamentalement, tenu par le contrat ».

Arguments de morale contractuelle

22. Un dernier argument, et point le moindre, pour condamner la position de la Cour de cassation : il conviendrait de contraindre le promettant malgré sa rétractation parce qu'ainsi on ferait triompher le respect de la parole donnée et donc la morale contractuelle. La consécration de l'efficacité de la rétractation serait en effet une prime à la fraude et à la mauvaise foi du promettant(57). Ce faisant la sécurité juridique attendue de la promesse serait bafouée. C'est un argument curieux où l'on retrouve une confusion volontaire entre exécution forcée et exécution en nature : à ce compte, toutes les inexécutions contractuelles devraient se solder par une exécution forcée en nature de l'engagement du débiteur récalcitrant. Or on en est loin. Qu'est-ce qui justifierait l'originalité de la promesse unilatérale de vente et des obligations qu'elle contient pour mériter une sanction si importante ? Leur objet peut-être, le fait qu'elles portent souvent sur un immeuble, chose rare, chère et convoitée. L'affirmation repose surtout sur la définition préalablement proclamée de la promesse unilatérale de contracter comme figeant le consentement du promettant. Or, c'est cette définition, purement doctrinale, qui est remise en question par la Cour de cassation et qui permet de proposer une analyse alternative de la promesse et par là de justifier la position de la Cour de cassation : non, l'exécution forcée de la promesse n'est ni possible, ni souhaitable.

Pour la solution jurisprudentielle : l'exécution forcée de la promesse n'est ni possible ni souhaitable

Arguments particuliers aux promesses de contracter

23. Considérons, en premier lieu, que les arrêts de 1993 et 1996 ne sont pas un revirement de jurisprudence comme on l'écrit souvent. La doctrine a très souvent tendance, dans ce débat, à confondre la façon dont elle décrit habituellement les promesses de vendre et la jurisprudence qui l'accompagne(58). On observe par exemple que jamais la jurisprudence n'a formulé de solution contraire à sa position résultant de l'arrêt de 1993 par le passé, ce que reconnaît très honnêtement par exemple Mme R.-N. Schütz(59) observant que la jurisprudence actuelle remonte à ... 1839 : « malgré les affirmations doctrinales classiques, auxquelles la solution de la troisième chambre civile s'oppose nettement, l'arrêt du 15 décembre 1993 ne constitue pas un revirement de jurisprudence. Bien que la doctrine classique ait présenté l'inefficacité de la rétractation comme un principe acquis, aucune décision n'avait formulé cette solution lorsque la rétractation intervient avant la durée de l'option ». Pothier évoquait d'ailleurs ce problème dans son Traité de la vente en 1768 comme non réglé(60). Bien au contraire, la jurisprudence a toujours admis l'efficacité de la rétractation de la promesse de vente, et même au-delà des seules promesses unilatérales de vente d'immeuble(61).

24. On peut surtout proposer une analyse différente de la promesse unilatérale de contracter. On peut alors se fonder sur la promesse de vente qui est décidément au coeur du débat. La définition traditionnelle considère que le

consentement du promettant à la vente promise est d'ores et déjà donné, à la différence du bénéficiaire, que l'engagement du promettant est irrévocable. Cette solution est critiquable pour au moins deux raisons.

25. En premier, cette solution qui vise à permettre l'exécution forcée de la promesse aboutit à *objectiver, désincarner et rigidifier* la volonté du promettant. Il faudrait en effet admettre le raisonnement suivant : le promettant a déjà, par la promesse, donné son consentement à la vente en sorte que la levée de l'option par le bénéficiaire, même postérieure à la rétractation, formera la vente. Le promettant ne peut donc rétracter efficacement son consentement et le bénéficiaire peut, dans le délai, lever l'option, malgré la rétractation, inopérante, du promettant, assurant ainsi moins l'exécution forcée en nature de la promesse par le maintien forcé du consentement du promettant que celle de la vente elle-même(62). Le tout en faisant semblant de croire que cela ne heurte pas l'article 1142 du code civil dans la mesure où ce maintien n'entraverait pas la liberté individuelle ou ne porterait pas atteinte à l'intégrité corporelle du promettant.

Or, on peut proposer une analyse différente du contenu de la promesse : le vendeur émet un consentement *à la promesse* dont l'objet est de maintenir son offre de vendre. Distinguons bien, donc, le consentement *à la promesse* et le consentement *à la vente*, alors que l'analyse classique parvient à une confusion : le consentement à la promesse serait en même temps le consentement à la vente, mais ce uniquement pour le promettant.

26. L'analyse classique assimilant le consentement à la promesse et le consentement à la vente opère une curieuse confusion des consentements qui provient peut-être de la polysémie de la notion de consentement. Celle-ci est, pour résumer, ou bien l'accord, la rencontre des volontés, ou bien la manifestation de volonté elle-même(63). Que l'on retienne l'une ou l'autre signification, on ne peut faire l'économie de l'analyse concrète de la promesse de contracter. Retenons, pour faire simple dans la suite de nos développements, que le terme « consentement » vise l'accords des volontés et que le terme « volonté » signifie la manifestation de volonté de l'un des contractants(64). L'analyse majoritaire de la promesse de vente considère que la volonté de s'engager du promettant traduit d'une part le consentement à la promesse et d'autre part la volonté de s'engager à la vente. Le consentement à la vente, qui est le contrat lointain, le contrat préparé, sera réalisé par l'échange des volontés du vendeur et de l'acheteur, ce dernier le fournissant par l'option. Figer la volonté du vendeur, par le truchement du contrat de promesse, est donc assez étonnant dans la mesure où elle traduit une sorte de « demi-consentement au contrat préparé ». Or il nous semble que c'était précisément cette analyse que la Cour de cassation cherchait à contrecarrer en 1993 en affirmant que la rétractation « excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir ». C'est donc bien que ces volontés*de vendre* n'avaient pu se rencontrer, que le consentement à la vente était impossible, ce qui semble nier le fait que le promettant ait déjà donné son consentement à la vente. En pratique d'ailleurs, dans bien des cas, l'objet ou le prix sont peu déterminés, des conditions suspensives indiquent que le consentement, des deux partenaires, est encore loin d'être acquis. Il est donc particulièrement réducteur d'affirmer que la promesse unilatérale de vente est en attente de l'option du bénéficiaire laquelle formera la vente. Dans bien des cas, l'option ne formera pas définitivement la vente.

Peut-être cette confusion est-elle entretenue par les résumés sémantiques auxquels on procède généralement en matière de promesse unilatérale de contracter. En premier, la promesse de vente serait un avant-contrat, une sorte de « moindre contrat », de contrat dépendant du contrat préparé. Or, tout au contraire, le contrat de promesse participe certes à l'avant-contrat, mais est un contrat. Un contrat ordinaire et autonome des autres contrats et notamment du contrat préparé. Les consentements nécessaires à la formation de ces deux contrats sont donc bien séparés. En second, l'analyse est souvent proposée au soutien de l'efficacité de promesses unilatérales *de vente* : la rétractation serait impossible puisque le vendeur à presque déjà vendu et le transfert de propriété est pratiquement déjà réalisé. Or, outre le fait que cette automaticité et cette irrévocabilité peuvent être critiquées, le raisonnement doit être élargi à toutes les promesses de contracter et point seulement aux promesses de contrats translatifs de propriété. L'argument du transfert de propriété qui serait déjà réalisé par l'acceptation du bénéficiaire n'a alors plus d'intérêt.

Tel que nous l'envisageons, le contrat de promesse contient donc la promesse de contracter, encadrant la volonté de vendre. Il n'est pas illogique alors, que de même que le bénéficiaire peut ne pas opter parce qu'il n'est finalement pas intéressé, le promettant puisse rétracter sa promesse parce qu'il a trouvé meilleur acheteur, mais en tirant les conséquences de la violation de sa promesse.

On pourra alors proposer la description suivante de la promesse de contracter : *la promesse de contracter est un contrat préparatoire qui s'efforce de parvenir à la conclusion d'un contrat promis et pour ce faire, contient une obligation à la charge du promettant de contracter, c'est-à-dire de maintenir son offre pendant un certain temps, et au bénéficiaire de lever l'option. L'effet obligatoire de la promesse de contracter est donc simplement inscrit dans la perspective du contrat promis.*

27. La seconde critique présentée contre la conception classique repose elle-même sur une critique : les solutions rendues par la Cour de cassation auraient le défaut, dirimant, de rapprocher dangereusement le régime des promesses unilatérales de vente de celui de l'offre voire de subir un régime inférieur à celui de l'offre puisque l'offrant peut rétracter son offre mais pas avant l'écoulement d'une certaine durée(65).

Quand bien même cela serait, ce qui n'est pas le cas, la belle affaire ! Ce n'est pas parce que la doctrine a toujours considéré, de façon différente des solutions jurisprudentielles, la promesse de vente d'une certaine manière et espéré une efficacité finalement mythique que la jurisprudence devrait s'exécuter. La promesse unilatérale de vente n'est pas un outil magique pour le bénéficiaire qui lui permettrait d'évacuer tous les aléas économiques de la négociation d'un contrat. La promesse unilatérale de vente ne contient pas davantage une obligation de garantie pour le bénéficiaire. Comme tous les contrats préparatoires elle permet de maximiser la sécurité juridique des deux candidats contractants, mais elle ne saurait faire l'économie de la liberté contractuelle. Les contrats préparatoires ne sont pas des techniques permettant d'éliminer ce principe : tout au contraire, ils l'utilisent mais sans pouvoir évidemment le contourner.

Il est donc naturel que la promesse soit rapprochée de l'offre, en ce sens que les deux institutions s'inscrivent dans le temps de l'avant-contrat. L'utilité des promesses unilatérales de contrat ne disparaît pas même si un aménagement de leur contenu s'impose pour pallier ces solutions. Ainsi, si l'on considère que la grande majorité des promesses unilatérales de vente ne fait pas l'objet d'une rétractation, on insistera sur la large supériorité de la promesse sur l'offre.

Le contrat de promesse permet en effet d'aménager les conditions de cette préparation : clause de loi applicable, conditions suspensives... Par ailleurs, le régime défavorable au bénéficiaire peut être amélioré par le contrat(66). Il peut s'agir d'une simple clause pénale. Il s'agirait alors d'aménager et de forfaitiser la dette de responsabilité contractuelle du promettant. La formule présente cependant l'inconvénient de pouvoir subir l'affront de la révision sur le fondement de l'article 1152, alinéa 2 du code civil. Perspective non négligeable : il convient en effet de mesurer le préjudice du bénéficiaire. Or celui-ci est souvent faible, voire inexistant. Le bénéficiaire a perdu une chance de conclure un contrat. On conçoit par exemple que ce préjudice puisse présenter quelque consistance lorsque l'objet de la promesse était la cession de titres, on l'imagine plus difficilement lorsqu'il s'agissait d'acquérir un immeuble banal.

Il peut s'agir plus subtilement d'une clause de dédit à titre onéreux. Puisque le promettant peut se rétracter, autant aménager les conditions et les effets de celle-ci. Par exemple une clause contenant un dédit d'un même montant que l'indemnité d'immobilisation versée par le bénéficiaire pourrait remplir ce rôle. La solution est d'autant plus heureuse que le promettant, qui tenterait d'obtenir réduction de ce montant en cherchant à requalifier ce dédit en clause pénale se heurterait à la jurisprudence tenant en échec ce type de tentative(67).

Il faudrait également mesurer la portée d'une clause qui alourdirait l'obligation du promettant et qui figerait le consentement du vendeur, du type de la suivante : « le promettant s'engage d'ores et déjà à vendre de sorte qu'il s'interdit de procéder à toute rétractation de sa promesse » : s'agirait-il d'une formule validant la proposition doctrinale de la promesse de contracter et contredisant l'arrêt du 15 décembre 1993 ? Il faudrait sans doute alors procéder à une analyse fine de la clause pour savoir si la volonté des parties a été de se prononcer sur le consentement du contrat promis ou si elle demeure une promesse ordinaire.

Enfin, la rétractation de la sa promesse par le promettant est efficace, mais n'est pas sans conséquence : elle est en principe fautive, de sorte qu'elle impose un coût pour le promettant, selon les règles générales du droit des contrats.

Arguments généraux de droit des contrats

28. Une deuxième série d'arguments, qui sont peut-être d'ailleurs les premiers, repose sur la considération que le contrat de promesse unilatérale de vente, aussi original, au sens de spécial, soit-il, reste un banal contrat.

Or, quelle que soit la considération des contrats, l'irrévocabilité des contrats prônée par l'article 1134, alinéa 2 du code civil n'est évidemment pas absolue et ce, qu'on l'envisage du côté de l'article 1134 du code civil, c'est-à-dire de l'existence de l'engagement, ou de celui de l'article 1142, c'est-à-dire, de son exécution, pour reprendre la présentation choisie par certains auteurs (68). Bien au contraire, l'irrévocabilité des contrats est un principe qui justifie simplement l'allocation d'une indemnité au contractant victime d'une inexécution - on confond alors irrévocabilité et force obligatoire - ou d'une rupture inopinée. Ce serait d'ailleurs bien le seul contrat à souffrir d'une telle irrévocabilité. On cherche alors à disjoindre irrévocabilité du contrat : le contractant ne peut revenir sur son engagement, et résiliation du contrat : le contractant peut, unilatéralement, mettre fin à un contrat. Certes, la promesse unilatérale de vente est un contrat à durée déterminée, le plus souvent. La résiliation d'un tel contrat à durée déterminée est, affirme l'article 1134, alinéa 2, impossible. Seul le consentement des parties peut défaire ce que le consentement à réalisé. La formule est toute de principe : la résiliation d'un contrat à durée déterminée est évidemment possible et efficace. Soit que la loi l'ait admis comme en matière de vente (art. 1654 et s. c. civ.), de prêt à usage (art. 1889 c. civ.), de bail d'habitation (L. 6 juill. 1989, art. 12), de dépôt (art. 1944 c. civ.), de mandat (art. 2007 c. civ.), voire d'une façon plus générale (cf. art. L. 442-6, I, 5° c. com.). Soit que l'on tire les leçons de la reconnaissance par la jurisprudence du *droit de brusque rupture* qu'elle a récemment reconnu à l'image de solutions connues en droit des contrats internationaux (69). Soit encore que, au-delà de ces mécanismes validant la résiliation ou la résolution unilatérale d'un contrat à durée déterminée, l'une des parties décide malgré tout d'y mettre fin. Une chose est alors d'admettre l'efficacité de la résiliation d'un contrat à durée déterminée, autre chose est d'admettre l'innocuité de cette résiliation : la résiliation d'un contrat à durée déterminée est efficace mais fautive et donc coûteuse en principe pour son auteur. Certains auteurs considèrent cependant qu'il serait souhaitable que le juge accorde non seulement des dommages et intérêts mais encore parvienne à maintenir le contrat abusivement rompu (70). Cela nous paraît absolument impossible.

Qu'on ne s'y trompe pas : il ne s'agit pas de fouler du pied le principe de la force obligatoire du contrat et de ce faire le chantre du mépris contractuel, tout au contraire. La sanction de tels comportements doit, en toute circonstance, être vigoureuse, tant pour punir que pour prévenir de tels agissements. De même que l'irruption de la bonne foi ou de la proportionnalité dans les contrats permet de corriger le contrat, de l'adapter de façon à respecter l'utilité économique d'un contrat, sans pour autant nier le principe de la force obligatoire du contrat. Mais comme il ne paraît pas possible de forcer le consentement d'un contractant au début de l'engagement, il n'est guère envisageable d'y parvenir au cours du contrat ou à sa fin. Le traitement juridique doit donc être autre : la force obligatoire du contrat est sanctionnée par l'exécution forcée mais celle-ci doit être déconnectée de la qualité de cette exécution, des moyens utilisés. L'exécution forcée ne se résume donc pas à son exécution en nature (71). Et ce n'est pas renier la force obligatoire que de procéder ainsi. Simplement, la force obligatoire du contrat étant affirmée, elle permet de repérer le degré d'inexécution du contrat ou des obligations qu'il contient. Ne pas admettre l'existence d'un engagement, l'intensité de tels effets ou obligations serait assurément méconnaître la force obligatoire du contrat. Ce dont il n'est jamais question ici. Autre chose est la sanction de cette inexécution, qui relève davantage de l'ordre processuel que de l'ordre contractuel d'ailleurs, sauf à introduire des clauses particulières. On constate alors que l'exécution en nature du contrat de promesse aboutirait à imposer la conclusion du contrat promis. Elle aboutit en même temps, et en outre, à l'exécution forcée du contrat promis. C'est l'opportunité de la réponse à ce problème qui est en cause. Nous pensons que l'allocation de dommages et intérêts satisfait en général le créancier, et le créancier de promesse en particulier. Dès lors, les choses se présentent différemment. Ou bien le contrat lui-même connaît des techniques de gestion de l'inexécution, ou de la rétractation : clause pénale, clause dédit ou toute autre formule, ou bien, les règles de la responsabilité contractuelle doivent prendre le relais. Observons que la grande majorité des contentieux en matière de résiliation des contrats d'affaires se présente ainsi : la jurisprudence comme la doctrine dissertent à loisir sur les causes et les effets d'une telle rupture mais sans remettre en cause le fait de la rupture, même d'un contrat à durée déterminée.

Par conséquent comme l'employeur peut mettre fin à tout moment à un contrat de travail à durée déterminée, mais en payant les indemnités y affairant, le promettant peut résilier le contrat de promesse : la rétractation de la promesse par le promettant n'est rien d'autre qu'une résiliation des plus ordinaires. D'où le changement de formulation proposée : parlons de résiliation d'une promesse de contracter plus que de la rétractation de celle-ci par le promettant. D'autant

que depuis l'entrée en vigueur de l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation, l'acquéreur non professionnel dispose d'une faculté de « rétractation » qui n'a pas grand chose à voir avec le problème ici étudié.

Arguments d'économie contractuelle

29. Le dernier argument en faveur des solutions de la Cour de cassation repose sur une analyse économique du contrat de promesse dont nous voudrions très simplement esquisser quelques traits.

Le droit des contrats est assis sur un double fondement, libéral et utilitariste, d'une part, et moral, *via* le recours à la bonne foi de l'autre. Or, les analyses traditionnelles s'appuient essentiellement sur ce second fondement. L'analyse économique du droit - qui ne doit évidemment pas se substituer aux autres analyses mais s'y ajouter - montre que le droit des contrats se prête parfaitement à la théorie des jeux ou de l'agence par exemple. Il s'ensuit que l'exécution ou l'inexécution d'un contrat dépend de bien des facteurs économiques : les coûts de transaction, la symétrie ou l'asymétrie de l'information mais aussi l'intérêt de poursuivre ou non l'exécution d'un contrat alors que les circonstances ont évolué depuis sa conclusion. La question de la rétractation de la promesse s'inscrit dans la « théorie de l'inexécution efficace » d'un contrat (*Efficient breach of contract*)(72). A partir du moment où les intérêts économiques d'une partie l'invitent à choisir une autre solution que celle prônée par le sens littéral du contrat, nul ne saurait le maintenir dans les liens contractuels. Force majeure, droit de brusque rupture, adaptation du contrat, imprévision, etc., nombreux sont les traitements de cette situation, ignorés pourtant dans le cas des promesses de contracter. Et pourtant, si le promettant rétracte sa promesse, c'est sans doute qu'il a trouvé mieux ailleurs, soit pour garder la chose, parce que la rareté de celle-ci ou les circonstances du marché l'incitent à la conserver, soit pour la vendre plus cher à un tiers, dont on doit d'ailleurs présumer la bonne foi. Economiquement, il est évidemment profitable de favoriser cette solution : le promettant est satisfait, le tiers est satisfait, et le bénéficiaire ne pourra guère ne pas l'être puisqu'il ne perd pas d'argent et peut même obtenir des dommages et intérêts. Ce qui suppose alors que le promettant se rétracte pour autant que le tiers lui propose un gain au moins supérieur au montant des dommages et intérêts qu'il pourrait devoir au bénéficiaire. Il est assez raisonnable de penser que cette sanction satisfait le créancier de promesse, à moins de proposer une démonstration destinée à convaincre le juge que l'exécution en nature est préférable au cas particulier : l'objet de la promesse était tel immeuble qui peut être considéré comme unique pour telle raison de sorte que sa non-acquisition occasionne un préjudice, matériel ou moral, ou les titres de telles sociétés pour lesquelles l'exécution par équivalent ne serait pas efficace. Le mythe de l'exécution forcée et de l'exécution en nature des contrats en prend un coup, au bénéfice de la réparation par équivalent, mais sans bien évidemment qu'un extrême chasse l'autre. Il apparaît alors que le mécanisme permettant d'éviter la rétractation réside dans le montant de l'allocation de dommages et intérêts.

***

30. La doctrine majoritaire se défie des solutions jurisprudentielles en matière de promesse de contracter. Sans doute cela provient-il d'une confiance exacerbée dans l'efficacité de cet outil contractuel de préparation du contrat promis. Il n'est pas douteux que l'affirmation selon laquelle la rétractation de la promesse de contracter par le promettant est immorale est exacte si l'on tient la promesse de contracter comme figeant le consentement du promettant. On peut alors envisager les choses de toute autre manière. La promesse de contracter est en premier un contrat de l'avant-contrat, un contrat qui s'inscrit dans un processus de négociation d'un autre contrat. La promesse de contracter est en second un contrat ayant pour objet une obligation de contracter - ou de maintenir une offre, peu importe. L'effet obligatoire de cette promesse ne peut donc pas se confondre avec celui du contrat promis. Sinon, il eut fallu conclure le contrat définitif, assorti de conditions par exemple. Le contrat de promesse est enfin le plus souvent un contrat à durée déterminée que le promettant ne peut résilier unilatéralement, sauf faute ou péril imminent, sans en subir les conséquences indemnitaires. La rétractation de la promesse n'est donc rien d'autre que la résiliation unilatérale de ce contrat préparatoire, dont l'exécution forcée est impossible : elle aboutirait à forcer le consentement de l'un des contractants, à aboutir à la conclusion du contrat promis, malgré le défaut affirmé d'y procéder par l'un des contractants. L'accent doit donc être mis sur les moyens juridiques permettant de renforcer l'efficacité contractuelle du mécanisme choisi, ou bien par l'insertion de clauses adéquates ou bien par le traitement judiciaire rigoureux de cette résiliation intempestive.

Mots clés :

(1) Cette étude est la poursuite d'une conférence prononcée à l'invitation de l'Ecole doctorale Droit et Société de la faculté de droit de Montpellier, dirigée par le Professeur J.-P. Tosi.

(2) Note sous Civ. 1re, 3e, 15 déc. 1993, JCP 1995.II.22366.

(3) R.-N. Schütz, Comment sauver les promesses unilatérales de vente ?, Petites affiches, 23 avr. 1997.18.

(4) Civ. 3e, 15 déc. 1993, D. 1994.507, note F. Benac-Schmidt, Somm.230, obs. O. Tournafond ; 1995.Somm.88, obs. L. Aynès ; JCP 1995.éd.NJ.31, note D. Mazeaud ; Defrénois, 1994, art. 35845, note Ph. Delebecque ; RTD civ. 1994.588, obs. J. Mestre. *Adde,* A. Terrasson de Fougères, Sanction de la rétractation de promettant avant la levée de l'option, JCP 1995.éd.N.1.194 ; F. Collard-Dutilleul, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, les risques de désordre, Dr. et patrimoine, déc. 1995.58 ; D. Stapylton-Smith, La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir ? AJPI 1996.568 ; R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, Defrénois, 1999, art. 37021, p. 833.

(5) Déjà évoqué *in* Contrats spéciaux, Dalloz, 3e éd. 2002, n° 64 ; L'avant-contrat (avec J.-M. Mousseron et M. Guibal), Ed. F. Lefebvre, 2001, n° 556 et s. V. aussi D. Stapylon-Smith, La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir ? article préc. ; M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, RTD civ. 1996.85, spéc. n° 17 ; F. Bellivier et Ruth Sefton-Green, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2000, p. 91.

(6) F. Bénac-Schmidt, Le contrat de promesse unilatérale de vente, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 77, 1983 ; V. aussi M. Bruschi, Les promesses unilatérales de contrat, Lamy, Droit des contrats, sous la dir. de B. Fages, n° 125 et s. ; I. Najjar, Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, 1967 ; J. Schmidt-Szalewski, Vente, Promesse unilatérale de vente, J.-Cl. Civil, art. 1589, fasc. 80 ; R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, Defrénois, 1999.833.

(7) Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, Cujas, 2000, p. 83 : « la promesse unilatérale de vente est l'archétype des promesses de vente, archétypes des promesses de contrat, elles mêmes archétypes des avant-contrats ».

(8) J. Schmidt, Promesse unilatérale de vente, J.-Cl. Civil, art. 1589, fasc. 20, p. 2.

(9) J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, L'avant-contrat, *op. cit* note (4). On peut alors distinguer les contrats emportant une obligation de négocier, les contrats emportant une obligation de préférer et les contrats emportant une obligation de contracter, catégorie dans laquelle s'installent les promesses de contracter.

(10) Cf. F. Collart-Dutilleul, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble : les risques de désordre, Dr. et patrimoine, déc. 1995.58, spéc. p. 60.

(11) Alors même que cette même pratique notariale semble désormais les craindre en raison des dispositions de la loi

SRU de décembre 2000 et notamment du nouvel article 1589-1 du code civil. La menace de nullité de tout « engagement unilatéral souscrit en vue de l'acquisition d'un bien ou d'un droit immobilier » qui emporterait remise d'une somme d'argent (l'indemnité d'immobilisation par exemple) paraît faire reculer la pratique des promesses unilatérales, alors même que le texte est bien ambiguë et qu'il vise certainement les engagements d'acquérir, point les promesses de vente qui sont par ailleurs des contrats synallagmatiques de promesse unilatérale ou synallagmatique de vente (comp. J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, L'avant-contrat, *op. cit.* note (4) n° 554-1).

(12) F. Terré, Ph. Simler, et Y. Lequette, Les obligations, 8e éd. Dalloz, 2002, n° 191.

(13) M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, article préc.

(14) V. par ex. Introduction générale au droit, Litec, coll. Objectif droit, 3e éd. 2003.

(15) G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, Quadrige, p. 776.

(16) Cf. F. Bénac-Schmidt, *op. cit.* n° 21.

(17) D'ailleurs, le même jour était rendu un autre arrêt dans les mêmes termes : Civ. 3e, 15 déc. 1993, *Bourachot c/ Naudet,* n° 1955, pourvoi n° 91-14.999.

(18) Civ. 3e, 15 déc. 1993, préc.

(19) Civ. 3e, 26 juin 1996, Defrénois, 1996, art. 36434, note D. Mazeaud, RJDA 1996.636 ; rapp. D. Pronier, Petites affiches, 30 mai 1997.27, note B. Bévière : « la cour d'appel (a) exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir ».

(20) Rapp. Pronier, RJDA 1996.636. Comp. I. Najjar, La rétractation d'une promesse de vente, D. 1997.Chron.119.

(21) Cf. par ex. I. Najjar, La « rétractation » d'une promesse unilatérale de vente, D. 1997.Chron.119, qui y voyait un revirement de la jurisprudence de 1993.

(22) V. Cependant, Paris, 30 juin 1995, inédit, cité par M. Bruschi, Les promesses de contracter, *in* Droit du contrat, Ed. Lamy, n° 125-55 ; Com. 7 déc. 1993, Bull. Joly, 1994.180, obs. Lambert, Rev. sociétés, 1994.72, obs. Y. Chartier, admettant l'exécution forcée d'une obligation de souscrire dans un délai déterminé à une augmentation de capital.

(23) Cf. Civ. 3e, 22 févr. 1977, Bull. civ. III, n° 91, D. 1978. 165, note Ph. Malaurie, JCP 1979.II.19223, note M. Dagot, Defrénois, 1977, art. 31522, n° 91, note J.-L. Aubert, à propos de l'inopposabilité d'une promesse à un créancier

hypothécaire ayant inscrit son titre ; Civ. 3e, 20 févr. 1979, JCP 1980.II.19376, note M. Dagot.

(24) Cf. Civ. 3e, 8 juill. 1975, Bull. civ. III, n° 249.

(25) Civ. 10 avr. 1948, JCP 1948.II.4403, note E. Becqué.

(26) Cf. Civ. 3e, 10 nov. 1982, Bull. civ. III, n° 221 ; Civ. 1re, 24 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 53, RD imm. 1995.342, note V. Groslières et C. Saint-Alary-Houin. V. aussi Ch. Atias, La promesse unilatérale de vente et la vente ultérieure à un tiers de mauvaise foi, JCP 1978.éd.NI.291.

(27) V. par ex. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, Defrénois, 2003, n° 113, citant Civ. 1re, 12 juin 1954, JCP 1954.II.8225.

(28) Com 26 avr. 1994, Bull. civ. IV, n° 157 ; Petites affiches, 12 févr. 1996, n° 19, p. 9, note J. Casey et J. Lejeune.

(29) Civ. 3e, 30 avr. 1997, D. 1997.475, note D. Mazeaud et chron. C. Atias. V. aussi D. Mazeaud, La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence, Gaz. Pal. 3 févr. 1994.D.210.

(30) Cf. Civ. 3e, 24 mars 1999, RJDA 1999, n° 536 : la bonne foi du tiers fait obstacle à l'élargissement de l'action en dommages et intérêts - légitime contre le promettant - à ce tiers.

(31) Civ. 3e, 26 oct. 1982, Bull. civ. III, n° 208 ; D. 1983.IR. 32 ; Gaz. Pal. 1983.2.661, note ES. de la Marnierre.

(32) Cf. Civ. 3e, 10 févr. 1999, RJDA 1999, n° 392 et V. Ch. Atias, La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise de foi, D. 1998.Chron.203.

(33) Com. 7 mars 1989, Bull. civ. IV, n° 79 ; D. 1989.231, concl. M. Jéol, note Y. Reinhard.

(34) Cf. Civ. 30 avr. 1997, préc.

(35) Civ. 3e, 10 févr. 1999, préc. : l'arrêt censure l'arrêt d'appel qui avait annulé la vente « sans rechercher si l'acheteur avait eu connaissance de l'intention du titulaire de faire usage de son droit ». Sans vouloir réaliser de prédictions mal venues, il semble cependant que si la Cour de cassation accepte de fixer des critères permettant de déterminer dans quelles conditions l'annulation du contrat conclu avec le tiers est possible, elle assure un contrôle très strict de l'application de ces conditions, de sorte qu'aucune décision, à notre connaissance ne l'a encore définitivement retenu.

(36) Cf. Civ. 3e, 20 déc. 1994, JCP 1995.éd.GII.22491, note Ch. Larroumet, 1996.éd.NJ.501, note D. Mainguy ; Ass. plén. 3 juin 1994, Bull. Ass. plén. n° 4 ; Civ. 3e, 5 janv. 1983, D. 1983.617, note P. Jourdain, JCP 1984.II. 20312, note

H. Thuillier. Mais V. Civ. 3e, 22 mars 1968, D. 1968.412, note H. Mazeaud, JCP 1968.II.15587, note A. Plancqueel, RTD civ. 1968.564, obs. J.-D. Bredin ; Civ. 3e, 2 avr. 1979, JCP 1981.II.19697, note M. Dagot. Dans ces deux derniers arrêts, la Cour de cassation avait au contraire retenu une obligation de faire, entravant l'efficacité des promesses synallagmatiques. Aujourd'hui et singulièrement depuis l'arrêt du 20 décembre 1994, la Cour de cassation distingue selon que le mécanisme contractuel, souvent une *clause de réitération de la vente en sa forme authentique*, s'exprime comme une condition de la formation du contrat, auquel cas la vente n'est pas formée et est donc insusceptible d'exécution forcée, ou comme une modalité d'exécution de la vente, celle-ci étant alors formée et donc susceptible d'exécution forcée.

(37) L. Boyer, Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant-contrats, RTD civ. 1949.1 : D. Mazeaud rappelait l'un des passages essentiels : « on ne saurait dire ... que le titulaire de l'option a le droit d'exiger de l'autre partie la réalisation du contrat : c'est de sa volonté, et d'elle seule, que dépend la formation de ce dernier ».

(38) F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, 8e éd. 2002, n° 191.

(39) P.-H. Antonmattéi et J. Raynard, Contrats spéciaux, Litec, 3e éd. 2002, n° 58. V. aussi Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, Defrénois, 2003, n° 111 ; A. Bénabent, Les contrats spéciaux, Montchrestien, 4e éd. 2001, n° 85 : sous l'intitulé « décalage des consentements » : il affirme que « Ce qui caractérise essentiellement les promesses unilatérales est un décalage dans le temps des consentements à la vente dans les conditions fixées et il ne peut ensuite révoquer ce consentement, pendant toute la durée de vie de la promesse... », D. Mazeaud, note sous Civ. 3e 15 déc. 1993, préc. spéc. n° 8 : « Dès la conclusion du contrat de promesse, le promettant à d'ores et déjà donné son consentement à la vente, consentement définitif et irrévocable. La formation de la vente promise ne dépend plus alors que d'une condition : la levée de l'option. Condition nécessaire et suffisante ; la conclusion de la vente est, en raison de la promesse, indépendante de toute manifestation de volonté future du promettant. Elle est exclusivement subordonnée à l'expression du consentement du bénéficiaire », C. Paulin, Promesse et préférence, *in* La négociation du contrat, RTD com. 1998.511 et spéc. p. 515 et s. Mais V. beaucoup plus nuancés : B. Gross et Ph. Birh, Contrats, ventes civiles et commerciales, bail d'habitation, bail commercial, 2e éd. PUF, 2002, n° 75.

(40) J. Schmidt, Négociation et conclusion des contrats, Dalloz, 1982, n° 504.

(41) J. Schmidt, Négociation et conclusion des contrats, *op. cit.* n° 519.

(42) R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, article préc. n° 9.

(43) Cf. F. Collard-Dutilleul, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, les risques de désordres, article préc. Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles, *op. cit.* n° 231 et s. ; Ph. Brun, Le droit de revenir sur son engagement, *in* Que reste-t-il de l'intangibilité des conventions ?, Dr. et patrimoine, n° 60, mai 1998.78 ; B. de Bertier-Lestrade, Le conflit d'actes juridiques en droit privé, PUAM 2003, spéc. n° 845 et s.

(44) *Contra* : Ph. Brun, Le droit de revenir sur son engagement, article préc.

(45) « On ne saurait dire ... que le titulaire de l'option a le droit d'exiger de l'autre partie la réalisation du contrat : c'est de sa volonté, et d'elle seule, que dépend la formation de ce dernier ».

(46) Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, Sirey, 1988 et spéc. n° 231 : « le maintien de la promesse concerne l'exécution du contrat : c'est le propre de tout contrat que d'être exécuté et ce serait pur artifice que de prendre pour objet d'une obligation de faire cette exécution que l'article 1134 suffit à justifier ».

(47) V. not. R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, article préc. spéc. n° 10.

(48) W. Jeandidier, RTD civ. 1976.700.

(49) Cf. I. Cornesse, L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles, RRJ 2003-4, spéc. n° 63.

(50) V. not. A. Bénabent, Les contrats spéciaux, Montchrestien, n° 93 ; F. Collart-Dutilleul, *op. cit.* n° 227 ; A. Terasson de Fougères, Sanction de la rétractation du promettant avant levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse de vente, JCP 1995.éd.NI, p. 194. La Cour de cassation a cependant clairement rejeté cette solution, s'agissant des pactes de préférence, dans un arrêt du 10 juillet 2002, Civ. 3e, 10 juill. 2002, JCP 2002.éd.Gpan.1396 : « L'article 1143 du code civil n'est pas applicable à la violation d'un pacte de préférence qui met une obligation de faire à la charge du débiteur ».

(51) A. Bénabent, *op. et loc. cit.*

(52) F. Bénac-Schmidt, note sous Civ. 3e, 15 déc. 1993, préc.

(53) M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, article préc. V. *Contra :* P. Bloch, L'obligation de transférer la propriété dans la vente, RTD civ. 1988.673, qui y voit une obligation de donner.

(54) Cf. par ex. Civ. 3e, 12 févr. 2003, inédit où l'action échouait d'ailleurs car les demandeurs formulaient une action en paiement du prix et point en constatation de la vente.

(55) R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, article préc. n° 10-11.

(56) P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, article préc. n° 21.

(57) Cf. D. Mazeaud, note sous Civ. 3e, 15 déc. 1993, préc. ; O. Tournafond, obs. sur Civ. 3e, 15 déc. 1993, préc.

(58) V. *supra,* n° 17.

(59) R.-N. Schütz, Comment sauver les promesses unilatérales de vente ?, article préc. V. not. Amiens, 24 août 1839, S. 1843.2.403.

(60) Pothier, Traité du contrat de vente, 1768, t. 2, p. 5, n° 479.

(61) Cf. Paris, 5 déc. 1991, Bull. Joly, 1992.305, obs. F. Bénac-Schmidt, à propos d'une promesse unilatérale de cession d'actions. Sur l'apport en société d'une chose objet d'une promesse de vente : Paris, 15 déc. 1995, Bull. Joly, 1996.305, n° 103, note P. Le Cannu. Plus généralement sur les promesses de société : Req. 19 févr. 1907, D. 1910.1.517 ; Paris, 27 juin 1949, D. 1949.537 ; Civ. 5 mars 1951, JCP 1951.II.6496, note Laurent ; Com. 28 avr. 1987, Rev. sociétés, 1988.59.

(62) Cf. not. P.-H. Antonmattéi et J. Raynard, *op. cit. supra* n° 17.

(63) Par ex. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, *op. cit.* n° 91.

(64) Et V. M.-A. Frison-Roche, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, RTD civ. 1995.573.

(65) Par ex. B. Bévière, note sous Civ. 3e, 26 juin 1996, Petites affiches, 30 mai 1997.26.

(66) R.-N. Schütz, Comment sauver la promesse de vente, article préc. ; D. Mazeaud, note sous Civ. 1re, 15 déc. 1993, préc.

(67) Cf. Civ. 3e, 9 janv. 1991, D. 1991.481, note G. Paisant ; Civ. 1re, 17 nov. 1993, Bull. civ. I, n° 337, D. 1994.Somm. 233, obs. G. Paisant ; Com. 2 avr. 1996, D. 1996.Somm. 329, obs. D. Mazeaud ; Com. 14 oct. 1997, Petites affiches, 8 mai 1998.15, note D.-R. Martin.

(68) Cf. *supra,* n° 18.

(69) Civ. 1re, 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 300, D. 1999.198, note C. Jamin, Somm.115, obs. Ph. Delebecque, JCP 1999.II.10133, note Rzepzcki, Defrénois, 1999.374, obs. D. Mazeaud ; Civ. 1re, 20 févr. 2001, Bull. civ. I, n° 40, D. 2001.1568, note C. Jamin, Somm.3239, obs. D. Mazeaud, Defrénois, 2001.705, obs. E. Savaux.

(70) D. Mazeaud, obs. préc. D. 2001.Somm.3240 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, *op. cit.* n° 661.

(71) F. Bellivier et Ruth Sefton-Green, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2000, p. 91, spéc. p. 107 et s.

(72) Cf. R. Posner, Economic Analysis of Law, Little Brown and Co, 1986, p. 12 ; B. Rudden et P. Juilhard, La théorie de la violation efficace, RID comp. 1986.1015. V. pour une remarquable étude plus générale : F. Bellivier et R. Sefton-

Green, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, article préc. spéc. p. 108 et s.