

Promesse unilatérale de vente : la Cour de cassation a ses raisons... (1)

Denis Mazeaud, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1 - « *Nous maintenons* » ! Tel est le message clair et net envoyé par la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt rendu le 11 mai dernier (2). « *Nous maintenons* » la jurisprudence sur la sanction de la rétractation par le promettant de son engagement souscrit dans une promesse unilatérale de vente. En dépit des vociférations d'une doctrine quasi unanime (3), « *nous maintenons* » que la sanction de cette rétractation ne peut consister en l'exécution forcée de la promesse unilatérale de contrat et ne peut se traduire que par le paiement de dommages-intérêts au profit du bénéficiaire de la promesse unilatérale de contrat.

2 - Inaugurée par un retentissant arrêt rendu par cette même troisième chambre civile, le 15 décembre 1993 (4), cette solution avait été tant décriée, en raison de l'interprétation contestable des articles 1142 et 1134, alinéa 2, du code civil, sur lesquels elle repose, qu'on pouvait légitimement penser que, lorsque l'occasion lui serait donnée, la Cour de cassation opérerait un revirement qui semblait s'imposer, par ailleurs, en raison d'un contexte jurisprudentiel et législatif favorable à un tel changement de cap.

En l'espèce, le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente avait levé son option avant l'expiration du délai contractuellement prévu, mais après la rétractation du promettant. La cour d'appel avait privé de tout effet cette rétractation et décidé, donc, que la vente promise était parfaite. Il revenait alors à la Cour de cassation de dire quel pouvait être l'effet de la rétractation du promettant sur le sort de la vente promise. L'arrêt des juges du fond est censuré, au visa des articles 1101 et 1134 du code civil, parce 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* ».

3 - Limpide, la solution retenue par la Cour de cassation ne s'impose pourtant pas avec la force de l'évidence. En bref, il nous semble qu'il demeure aujourd'hui des raisons de douter de sa légitimité (II), comme il existait, hier encore, des raisons de croire à son abandon (I) et comme il subsiste encore des raisons d'espérer qu'elle passera, dans un avenir dont nul ne peut prédire s'il est proche, à la trappe (III).

I - Hier : les raisons d'y croire

4 - Si on pouvait légitimement penser, jusqu'au 11 mai dernier, que la jurisprudence de la troisième chambre civile était en sursis, c'est, en premier lieu, en raison des faiblesses d'ordre théorique qui l'affectaient. A l'époque, la troisième chambre civile appelait en effet l'article 1142 du code civil à la rescousse pour décider que la sanction de la rétractation du promettant ne pouvait se solder que par des dommages-intérêts. En bref, selon elle, le promettant était, par l'effet du contrat de promesse unilatérale, débiteur d'une obligation de faire, dont l'inexécution ne pouvait donc se résoudre, conformément à la lettre du texte précité, qu'en dommages-intérêts.

Il était impossible de succomber à une telle motivation qui reposait sur une analyse erronée de la situation contractuelle du promettant qui, dans la perspective de la formation du contrat promis, n'est juridiquement tenu à effectuer aucune prestation et est concrètement réduit à la passivité, puisque pour que la promesse de vente se mue en vente, il faut simplement que le bénéficiaire lève l'option. Pire, la solution traduisait une lecture anachronique de l'article 1142 du code civil, dont chacun sait que, s'il demeure dans le code, c'est parce que celui-ci n'a toujours pas été réformé, étant entendu que la loi ne correspond plus, sur ce point comme sur

bien d'autres, au droit positif en vertu duquel tout créancier, quel que soit l'objet de l'obligation souscrite par son débiteur, a droit à l'exécution en nature.

5 - Avant le 11 mai dernier, l'avenir de la jurisprudence de la troisième chambre civile pouvait, en second lieu, sembler légitimement menacé au nom d'une certaine cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation.

On passera rapidement sur l'arrêt rendu par la troisième chambre civile, le 7 mai 2008<sup>(5)</sup>, dans lequel certains observateurs ont, en raison du visa de l'article 1134 du code civil, détecté un revirement en matière de sanction de la révocation abusive d'une offre à personne déterminée, assortie d'un délai d'acceptation. Il était, en effet, pour le moins audacieux d'induire de cet arrêt, qui se bornait à affirmer qu'une telle offre ne pouvait pas être rétractée pendant le délai prévu, que la sanction de sa révocation pouvait désormais consister dans la formation forcée du contrat...

C'est surtout la décision que la Cour de cassation a rendue en matière de pacte de préférence, le 26 mai 2006<sup>(6)</sup>, qui avait pu laisser croire en l'imminence d'un revirement en matière de promesse. En affirmant que « *le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur* », la Cour avait, croyait-on, entrepris de restaurer la force obligatoire de tous les avant-contrats. Et la plupart des observateurs avaient, en toute logique, soutenu que, si le pacte de préférence donnait désormais prise au principe de l'exécution forcée en nature, la promesse unilatérale de contrat devrait nécessairement suivre... « Qui peut le plus, peut le moins ! », en somme. Si l'exécution forcée en nature d'un pacte de préférence, qui crée une simple priorité contractuelle au profit du bénéficiaire, est désormais admise, au nom d'un souci de cohérence élémentaire, il ne pouvait pas en aller autrement en matière de promesse unilatérale de contrat, laquelle engendre au profit du bénéficiaire une exclusivité contractuelle...

Enfin, une décision rendue le 8 septembre 2010<sup>(7)</sup> avait été interprétée par quelques-unes des plus belles plumes du droit des contrats comme le signe d'« *un abandon de la jurisprudence inaugurée en 1993* »<sup>(8)</sup>. Pour censurer un arrêt dans lequel les juges du fond avaient débouté le bénéficiaire de sa demande en exécution forcée de la vente promise, à la suite du décès du promettant, faute d'un nouveau consentement exprimé par l'héritier mineur de celui-ci, la troisième chambre civile avait affirmé qu'« *en statuant ainsi, alors que le promettant avait définitivement<sup>(9)</sup> 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 ait lieu d'obtenir l'autorisation du juge des tutelles, la cour d'appel a violé* » l'article 1589 du code civil. C'est dans l'utilisation du terme « *définitivement* », à propos du consentement du promettant, que certains avaient donc placé leurs espoirs dans un revirement prochain. A la vérité, la proposition était audacieuse, car affirmer que le consentement est « *définitivement* » émis ne préjuge pas de la nature de la sanction infligée au promettant s'il le rétracte...

Reste qu'il n'était tout de même pas illégitime, au regard de ce faisceau d'indices jurisprudentiels, de prédire un revirement de la troisième chambre civile de la Cour de cassation... On sait maintenant le sort que la Cour a réservé aux supputations et aux prédictions des uns et des autres... Il demeure pourtant bien des raisons aujourd'hui encore de douter de la légitimité de ce « maintien » de jurisprudence...

II - Aujourd'hui : les raisons de douter

6 - On ne parvient toujours pas à se convaincre de l'affirmation réitérée par la troisième chambre civile, selon laquelle, au fond, l'exécution forcée de la promesse de contrat est exclue en cas de rétractation du promettant, parce que celle-ci exclut toute rencontre des volontés propre à engendrer la formation du contrat promis.

D'abord, parce qu'une telle affirmation revient à méconnaître les effets de la promesse de contrat, en vertu de laquelle le consentement du promettant au contrat promis est, par simple

application de l'article 1134, alinéa 2, du code civil, d'ores et déjà irrévocablement exprimé, tandis que le bénéficiaire devient titulaire d'un droit potestatif d'option qui lui confère un pouvoir exclusif sur la suite du processus contractuel et le destin du contrat promis. Pour que ce contrat soit formé, il suffit donc que le bénéficiaire exprime son consentement, lequel rencontrera alors le consentement du promettant, définitivement et irrévocablement exprimé *via* la promesse. Aussi affirmer, comme le fait la Cour, que la rétractation du promettant interdit la formation de la vente promise, faute de rencontre des volontés, revient à nier purement et simplement l'existence même de la promesse, laquelle engendre le consentement du promettant à la vente promise, consentement dont l'efficacité ne dépend plus que de la décision que prendra le bénéficiaire quant à la vente promise.

Ensuite, parce que la motivation de l'arrêt prive de tout intérêt pratique la promesse unilatérale de contrat, puisqu'au lieu que la formation du contrat promis dépende de la volonté unilatérale du bénéficiaire, elle dépend aussi désormais de la volonté du promettant qui peut y faire échec en rétractant, en violation de l'article 1134, alinéa 2, du code civil, son consentement au contrat promis. A quoi bon, alors, conclure désormais une promesse unilatérale de contrat, si elle n'emporte pas plus de sécurité qu'une offre de contrat à personne déterminée assortie d'un délai d'acceptation, puisque la violation de l'une comme de l'autre se résoudra en dommages-intérêts ? A quoi bon conclure un tel avant-contrat, si le promettant est investi d'un pouvoir de ne pas contracter en dépit de la promesse qu'il a irrévocablement conclue, s'il est investi d'un pouvoir de dire « non ! » au contrat promis, alors que l'intérêt d'une promesse unilatérale de contrat est de lui imposer le devoir de dire « oui ! » ?

Enfin, on ne peut se résigner à s'incliner devant ce « maintien » de jurisprudence, parce qu'il porte atteinte au coeur du modèle contractuel français et au principe du respect de la parole donnée, si fondamental qu'un des projets de réforme du droit des contrats l'avait érigé au rang de principe directeur, avant de battre inopinément en retraite à la suite des vives critiques des gardiens du temple contractuel. Principe moral en vertu duquel la parole contractuellement donnée a une valeur telle qu'elle n'a pas de prix. Entendons par-là, et c'est une spécificité de notre modèle contractuel, spécificité plus culturelle que rationnelle d'ailleurs, qu'il existe un lien irréductible entre la force obligatoire du contrat, qui s'entend ici de l'irrévocabilité unilatérale de l'engagement contractuel, et l'exécution forcée en nature. En décidant que le manquement du promettant à l'engagement qu'il a souscrit en vertu de la promesse unilatérale de contrat ne peut se résoudre qu'en dommages-intérêts, la Cour de cassation rompt, en l'occurrence, ce lien, puisqu'elle admet que la parole du promettant n'est pas gravée dans le marbre contractuel et a un prix, dont le paiement lui permet d'échapper à l'exécution de son engagement.

7 - Le maintien de sa jurisprudence par la Cour de cassation oblige donc les praticiens à exploiter les ressources de la liberté contractuelle pour pallier l'imprévisibilité que cet entêtement jurisprudentiel provoque. Dans cette perspective, on peut imaginer plusieurs voies.

Il est tout d'abord concevable de stipuler une clause pénale qui incitera le promettant à exécuter fidèlement sa promesse. Mais cette parade a ceci d'insuffisant qu'en raison de son caractère indemnitaire, elle ne pourra pas permettre au bénéficiaire d'obtenir l'exécution forcée en nature de la promesse violée.

Pour qu'il en aille autrement, il convient alors de stipuler une clause d'exécution forcée en nature de la promesse inexécutée. Mais on sait, depuis un arrêt du 27 mars 2008  (10), qu'une telle clause, pour conduire, en cas de rétractation, à la formation forcée du contrat promis, ne peut se contenter de préciser que le promettant souscrit un engagement ferme, définitif et irrévocable. Elle doit préciser quelle sera la nature de la sanction de la violation d'un tel engagement. En clair, elle doit indiquer que la rétractation du promettant pendant le délai d'option contractuellement fixé ne pourra pas faire échec à la formation du contrat promis, au cas où le bénéficiaire exprimerait son consentement avant l'expiration de ce délai.

Si, après un bref retour sur le passé et un rapide survol du présent, on scrute, pour finir,

l'avenir, il semble que demeurent certaines raisons d'espérer.

### III - Demain : les raisons d'espérer

8 - Les raisons qui permettent d'espérer encore dans la restauration de ce contrat préparatoire que constitue la promesse unilatérale de contrat résident dans les projets de réforme du droit des contrats. On relèvera que tous ces projets, si différents sur certains points, modifient à l'unisson la jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation. Tous contiennent, en effet, une disposition aux termes de laquelle la formation forcée du contrat promis peut être prononcée pour sanctionner la rétractation du promettant.

9 - *De lege ferenda*, le principe moral du respect de la parole donnée a donc vocation à jouer pleinement ici, sans doute parce que, contrairement à certains conseillers de la Cour de cassation, les rédacteurs de ces textes ont compris qu'en dépit du qualificatif d'avant-contrat qu'on lui attribue souvent, la promesse unilatérale répond bien à la qualification de contrat qui, en tant que tel, unit irrévocablement ceux qui l'ont librement conclu et doit, en cas de révocation unilatérale, conduire à son exécution forcée, c'est-à-dire à la formation forcée du contrat promis.

#### Mots clés :

VENTE \* Promesse de vente \* Révocation \* Obligation de faire \* Exécution forcée \* Levée de l'option

(1) Comme promis, je dédie cette note à Maître Georges Jourde avec lequel j'ai récemment et vivement débattu de la question évoquée dans les lignes qui suivent, et je lui rends hommage : il avait donc « judiciairement » raison, même si je demeure convaincu de ne pas avoir juridiquement tort...

(2) N° 10-12.875.

(3) A quelques très remarquables exceptions près, comme M. Fabre-Magnan (dont l'argumentation peut être trouvée dans son ouvrage, *Droit des obligations, Tome 1*, PUF, Thémis, 2010, spéc. p. 246 s.) et D. Mainguy qui s'exprime, lui aussi, dans ces colonnes.

(4) Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, 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  ; Bull. Cridon 1995, n° 21. II. 215, note J.-M. Olivier ; Defrénois 1994. 795, obs. P. Delebecque ; JCP 1995. II. 22366, obs. D. Mazeaud.

(5) N° 07-11.690, D. 2008. 1480, obs. G. Forest , 2965, spéc. 2969, obs. S. Amrani Mekki , et 2009. 440, chron. M.-L. Mathieu-Izorche  ; RTD civ. 2008. 474, obs. B. Fages  ; Dr. et patr. 2009, n° 178, obs. P. Stoffel-Munck ; JCP 2008. I. 179, obs. Y.-M. Serinet ; RDC 2008. 1109, obs. T. Génicon, et 1239, obs. F. Collart-Dutilleul.

(6) Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, D. 2006. 1861 , note P.-Y. Gautier  et D. Mainguy , et 2638, spéc. 2644, obs. B. Fauvarque-Cosson  ; GAJC, 12<sup>e</sup> éd., 2008, n° 258 ; AJDI 2006. 667  ; Rev. sociétés 2006. 808, note J.-F. Barbiéri  ; RTD civ. 2006. 550, obs. J. Mestre et B. Fages  ; Defrénois 2006. 1206, obs. E. Savaux ; JCP 2006. II. 10142, obs. L. Leveneur ; RDC 2006. 1080, obs. D. Mazeaud.

(7) N° 09-13.345, D. 2010. 2061 , et 2011. 472, spéc. 477, obs. S. Amrani Mekki  ; RTD civ. 2010. 778, obs. B. Fages , et 2011. 99, obs. J. Hauser  ; Defrénois 2010. 2123, obs. L. Aynès ; Gaz. Pal. 31 oct.-4 nov. 2010, p. 14, obs. D. Houtcieff, et 1<sup>er</sup>-2 déc. 2010, p. 15, note G. Pignarre ; LEDC 2010. 1, obs. G. Pillet ; RDC 2011. 153, obs. P. Brun.

(8) L. Aynès, note préc.

(9) C'est nous qui soulignons.

(10) Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2008, n° 07-11.721, D. 2008. 2965, spéc. 2973, obs. S. Amrani Mekki  ; RTD civ. 2008. 475, obs. B. Fages  ; JCP 2008. II. 10147, obs. G. Pillet ; RDC 2008. 734, obs. D. Mazeaud, 1239, obs. F. Collart-Dutilleul, et 2009. 143, obs. P. Brun.