

Refus de la formation forcée du contrat en cas de rétractation du promettant : suivisme de la chambre commerciale
(Com. 13 sept. 2011, n° 10-19.526, inédit)

Bertrand Fages, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris I,
Panthéon-Sorbonne

Il est déjà regrettable que la troisième chambre civile, en dépit de critiques quasi unanimes, en contradiction avec sa propre analyse de la situation juridique du promettant (Civ. 3^e, 8 sept. 2010, n° 09-13.345, D. 2010. 2061  ; *ibid.* 2011. 472, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson  ; *ibid.* 2679, chron. A.-C. Monge et I. Goanvic  ; RTD civ. 2010. 778, obs. B. Fages  ; *ibid.* 2011. 99, obs. J. Hauser ) et sans aucune autre espèce de justification que l'énonciation lapidaire d'un bref attendu, ait encore récemment refusé au bénéficiaire ayant levé l'option dans les formes et les délais prévus le droit d'obtenir la formation forcée du contrat afin de passer outre à la rétractation - pourtant parfaitement anormale - du promettant (Civ. 3^e, 11 mai 2011, n° 10-12.875, D. 2011. 1457  , note D. Mazeaud  ; *ibid.* 1273, édito. F. Rome  ; *ibid.* 1460, note D. Mainguy  ; *ibid.* 2679, chron. A.-C. Monge et I. Goanvic  ; RTD civ. 2011. 532, obs. B. Fages  ; *adde* obs. critiques de L. Aynès, Defrénois, 2011, art. 40023, p. 1023 ; D. Houtcieff, Gaz. Pal., 4 août 2011, n° 216, p. 15 ; L. Leveneur, CCC 2011, n° 186 ; J. Mestre, RLDC 2011/85, éditorial, p. 3 ; comp. néanmoins Civ. 3^e, 6 sept. 2011, n° 10-20.362, D. 2011. 2838  , note C. Grimaldi  ; *ibid.* 2649, édito. F. Rome  ; JCP G 2011. 1316, note L. Perdrix). Mais que sa solution se dissémine et soit purement et simplement reprise par d'autres chambres, et en particulier la chambre commerciale, est pour tout dire assez désespérant.

Quelle occasion manquée ! L'occasion d'affirmer avec force qu'en concluant cet avant-contrat que constitue la promesse unilatérale, le promettant ne s'engage pas seulement à maintenir une offre pendant un certain délai : il consent définitivement à un contrat dont tous les éléments sont déterminés et, ce faisant, accepte que la formation de ce contrat ne dépende plus de lui, mais de la levée ou non de l'option accordée au bénéficiaire. C'est cette option qui est au centre du mécanisme, qui est la raison d'être de la promesse ; c'est elle qui doit être préservée et l'objet de toutes les attentions du juge. Aussi n'y a-t-il pas lieu, lorsque l'option est régulièrement levée, de s'arrêter sur la circonstance que le promettant se serait entre-temps rétracté. Il n'y a alors qu'une chose à faire : tenir cette rétractation pour inefficace et, si le bénéficiaire le demande, constater judiciairement que le contrat est formé ; peu importe que la promesse, comme cela est désormais ouvertement permis (Civ. 3^e, 27 mars 2008, n° 07-11.721, D. 2008. 2965, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson  ; RTD civ. 2008. 475, obs. B. Fages ), ne comporte pas de clause invitant expressément le juge à décider de la sorte. Nul n'est besoin de clause pour bien dire le droit.

Malheureusement, la chambre commerciale n'a pas saisi cette opportunité de remettre un peu d'ordre dans la jurisprudence. Elle reproduit ici, sans rien y changer, la formule de la troisième chambre civile selon laquelle « 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 ».

Là ne s'arrêtent pas les regrets car, l'arrêt ayant été rendu en matière de promesse de cession d'actions, la chambre commerciale a, du coup, manqué l'occasion de rassurer les

praticiens sur sa capacité à tenir compte des spécificités et contraintes inhérentes aux actes préparatoires à l'acquisition de titres sociaux (V. à ce sujet la belle thèse de E. Schlumberger, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, soutenue à l'Université Paris I, le 21 sept. 2011, sous la dir. H. Le Nabasque). S'il est déjà difficile de se faire à l'idée que de simples dommages-intérêts puissent suffire à réparer la perte d'un immeuble - un corps certain qu'il est permis de convoiter à l'exclusion de tout autre et qui, dans un marché tendu, présente toujours une certaine rareté -, il est encore plus difficile d'admettre que les juges refusent la formation forcée du contrat lorsque le bénéficiaire, par la rétractation du promettant, risque de se voir privé d'un bien aussi important, stratégique et irremplaçable que des parts sociales ou actions. La perte n'est pas alors simplement patrimoniale, elle est politique : elle ne peut être réparée par des dommages-intérêts puisque ceux-ci ne remplaceront jamais le pouvoir que le bénéficiaire espérait retirer de l'acquisition ou l'augmentation de sa participation au capital de la personne morale en cause.

Une autre explication de l'impérieux besoin de préserver le droit d'option tient au fait qu'en matière de titres sociaux les options d'achat ou de vente ne sont pas toujours stipulées dans le cadre de promesses unilatérales conclues en bonne et due forme. Elles se retrouvent souvent au cOEur de clauses essentielles à l'équilibre et à l'économie de certains pactes d'actionnaires, et dont il appartient à la jurisprudence de garantir l'efficacité. De surcroit, en pratique, il se peut que l'exercice ou le non-exercice d'une option, à telle ou telle condition de prix, soit lui-même conçu comme la sanction d'autres dispositions contractuelles ou du comportement attendu d'un actionnaire ou d'un dirigeant. Fragiliser la force de l'option, c'est alors fragiliser la sanction de la sanction et inciter les intéressés à violer doublement leurs engagements. Tout cela, il appartenait à la chambre commerciale d'en tenir compte. Qui d'autre qu'elle le pouvait ?

Il est toutefois possible de déceler dans l'arrêt du 13 septembre 2011 une petite note positive, qui est malheureusement sans rapport avec la question de l'efficacité de la rétractation du promettant. Au cas d'espèce, ce sont deux promesses unilatérales croisées qui avaient été conclues le même jour, sur les mêmes actions et aux mêmes conditions de délai et de prix, ce qui était venu fortifier la conviction des juges du fond qu'une vente parfaite avait été conclue, nonobstant la rétractation de l'actionnaire ayant promis de vendre. Or en acceptant de donner plein effet à cette rétractation - ce qui est critiquable - la chambre commerciale montre qu'elle est désormais prête à analyser les promesses unilatérales croisées en deux promesses unilatérales distinctes, sans y voir nécessairement une promesse synallagmatique de vente valant vente. Il y a là de quoi atténuer la solution qu'elle avait rendue il y a six ans en décidant de façon un peu trop abrupte que « l'échange d'une promesse unilatérale d'achat et d'une promesse unilatérale de vente réalise une promesse synallagmatique de vente valant vente définitive dès lors que les deux promesses réciproques ont le même objet et qu'elle sont stipulées dans les mêmes termes » (Com., 22 nov. 2005, n° 04-12.183, D. 2006. 149  ; *ibid.* 2638, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson  ; *ibid.* 2793, chron. J. Moury  ; *ibid.* 2007. 267, obs. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles  ; Rev. sociétés 2006. 521, note J.-F. Barbiéri  ; RTD civ. 2006. 302, obs. J. Mestre et B. Fages ).

A quelque chose malheur est bon.

Mots clés :

CONTRAT ET OBLIGATIONS * Promesse de contrat * Inexécution * Dommages-intérêts * Exécution forcée