

**Annulation et substitution : les deux mamelles de la préférence ?**

Daniel Mainguy, Professeur à la Faculté de droit de Montpellier

\*\*

**1** - « Si 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, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir » : la formule, synthétique, claque dans le paysage juridique des contrats préparatoires et, spécialement des pactes de préférence, dans une affaire particulièrement propice. Un acte notarié de donation-partage établi en 1957 attribuant un ensemble immobilier partageant un ensemble plus vaste et contenant un engagement de préférence au profit des autres attributaires, l'héritier d'un des attributaires qui reçoit une partie de ces biens lui-même par donation-partage en 1985 rappelant l'engagement de préférence et qui cède ce bien à une société civile immobilière en 1985, et l'un des bénéficiaires qui tente de faire valoir ses droits de préférence en agissant pour obtenir l'annulation de la vente tierce et sa substitution à l'acheteur, en vain cependant faute d'être parvenu à prouver la connaissance de l'intention par le bénéficiaire de se prévaloir du pacte, devant la Cour d'appel de Papeete, arrêt finalement approuvé par la Cour de cassation, mais avec un tel bémol érigé en formule de principe qu'il vaut revirement de jurisprudence et, peut-être, une annonce d'évolution majeure de la sanction de la violation des contrats préparatoires.

**2** - Revirement, en effet, dans la mesure où la Cour de cassation, s'agissant des première et troisième Chambres civiles et de la Chambre commerciale, avait eu l'occasion de formuler la règle inverse en s'abritant derrière l'article 1142 du code civil de façon catégorique en 1997 puis en 1999 (1). Revirement donc, mais revirement inachevé au fond de l'affaire au regard de la suite de l'arrêt : « il n'était pas démontré que la société E. savait que Mme Y... avait l'intention de se prévaloir de son pacte de préférence », de sorte que le principe de l'annulation et de la substitution possibles du tiers dans les droits du bénéficiaire est affirmé, mais ici sans effet. Revirement surprenant et spectaculaire surtout, dans la mesure où, jusqu'à présent, la jurisprudence avait, avec une relative constance, depuis quelques années, affirmé l'indépendance du pacte de préférence, comme celle de la promesse unilatérale de vente, dont la présence est sous-jacente derrière cet arrêt, pour refuser leur exécution forcée en nature.

**3** - On ne peut en effet circonscrire la portée de cet arrêt au seul domaine des pactes de préférence dans la mesure où il s'inscrit dans le bouillonnement doctrinal et jurisprudentiel particulier né de l'arrêt fameux de la troisième Chambre civile du 15 décembre 1993 à propos des voisines promesses unilatérales de vente. On connaît la suite, l'arrêt de 1993 valide la rétractation de sa promesse par le promettant sans permettre l'exécution forcée en nature de celle-ci, sous un tonnerre de critiques doctrinales qui réclame cette exécution en nature, comme elle réclame la substitution du bénéficiaire dupé dans les pactes de préférence, avec un virtuosité d'analyses et de propositions à la mesure des enjeux. Les contrats sont distincts mais la problématique est la même : le bénéficiaire qui est confronté à la rétractation de sa promesse par le promettant avant qu'il ait eu le temps ou l'opportunité de lever l'option, et à la vente du bien convoité à un tiers, sans doute dans les deux hypothèses pour mieux vendre à un tiers, peut-il exiger d'un juge qu'il revienne sur le contrat conclu avec ce tiers pour obtenir l'annulation de ce contrat et être substitué à ce tiers de telle manière que la vente qui a été conclue avec le tiers le soit finalement avec le bénéficiaire ?

Si l'on s'en tient à une vue première de la situation, la morale contractuelle, la force obligatoire des engagements militent en ce sens, et justifient les affirmations désormais classiques selon lesquelles le promettant a d'ores et déjà donné son consentement à la vente par la promesse unilatérale ou que le bénéficiaire du pacte peut obtenir substitution dans les droits du tiers acquéreur, comme s'il bénéficiait d'une préemption opérant substitution, du type de celle offerte aux SAFER ou aux musées nationaux.

Qu'on se rende cependant compte de la situation de façon plus large. Voilà un acquéreur, qui se découvrira ensuite « tiers » acquéreur, qui achète un bien dans des conditions ordinaires d'un vendeur (la promesse ou la préférence pourrait être associée à un autre contrat qu'une vente, mais c'est à son propos que les difficultés sont les plus importantes) alors que ce vendeur était préalablement engagé par une promesse de vendre ou un engagement de préférer un autre, le bénéficiaire. Ce dernier entend obtenir l'annulation du contrat de vente auquel il est pourtant tiers, considérer alors que la chose vendue est rétroactivement retournée dans le patrimoine du vendeur promettant et que son consentement à la vente est toujours efficace mais désormais tourné vers le bénéficiaire qui, ainsi, peut logiquement obtenir l'exécution forcée de la promesse ou du pacte de préférence ! Ce que l'on résume, pour éluder ces difficultés majeures, en termes de droit des biens ou des contrats (et si la chose a été revendue ou donnée à bail, etc ?), par la question de l'exécution forcée en nature de la promesse ou du pacte de préférence. La doctrine est majoritaire en ce sens (2) malgré quelques voix discordantes (3) pour réclamer cette solution, elle est satisfaite s'agissant des pactes de préférence par cet arrêt, encore que l'on attende encore un arrêt qui valide effectivement une telle substitution prononcée au fond, et on peut s'attendre à ce qu'il prélude une évolution pour les promesses unilatérales. Les regrets ici exprimés ne peuvent alors manquer de saluer le travail réalisé par D. Mazeaud qui organisait un colloque sur le thème de « L'exécution du contrat en nature ou par équivalent » en octobre 2004 et dont les actes promouvant l'exécution en nature sont ici consacrés (4).

**4** - C'est cette épineuse question que la Cour de cassation, réunie en une large chambre mixte rassemblant les première et troisième Chambres civiles, la Chambre commerciale et la Chambre sociale, avait à résoudre, en toute connaissance de cause, si on s'en tient à la très grande qualité du rapport du conseiller Bailly et de l'avis de l'avocat général, M. Sarcelet, tous deux d'une particulière clarté et finesse d'analyse, utilisant pratiquement toute la doctrine publiée sur ces thèmes, renvoyant au projet de réforme du droit des obligations, etc. On observera, d'ailleurs, que si M. Bailly proposait quatre solutions pertinentes, tout en paraissant préférer une solution contraire à la substitution, l'avis de l'avocat général penchait clairement en faveur d'une solution tendant à reconnaître l'indépendance du pacte de préférence et donc à approuver les juges du fond d'avoir écarté la substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur car « la réalisation de ce contrat n'était pas comprise dans le pacte ». Or, si la Chambre mixte parvient à la même solution c'est grâce à une formule radicalement différente et qui engage l'avenir : la Cour de cassation a, en ce sens, fait jurisprudence.

**5** - Or cette solution n'est sans doute pas la plus opportune, pour quelques raisons qu'il est utile de rappeler, en disant à nouveau combien les efforts doctrinaux visant à renforcer la sanction, par l'exécution forcée en nature, de la violation du pacte de préférence, comme des promesses unilatérales de vente, ont été intenses.

Une première façon de renforcer l'efficacité de la sanction de ces contrats préparatoires a consisté à décrire le pacte de préférence, étant entendu que l'identification de l'obligation du promettant comme une obligation de faire se heurte à l'article 1142 du code civil et ne promet que des dommages et intérêts et que l'analyse en termes d'obligation de ne pas faire ou d'obligation de donner a été rejetée (5).

Une deuxième façon, la première n'étant pas franchise, a alors été d'observer la force obligatoire de ces contrats, indépendamment de leur contenu obligationnel, sous la conduite de P. Ancel notamment : l'engagement, irrévocable, du promettant étant de préférer, ou de promettre, l'exécution forcée du contrat contenant cet engagement ne dépend pas de la nature des obligations qu'il contient, mais s'impose par le seul secours du principe de la force obligatoire du contrat, par un sensationnel retour en force de l'article 1134, alinéa 1er.

Enfin, une troisième façon a consisté à critiquer les deux exigences de connaissance de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir comme conditions éventuelles de l'annulation de la vente tierce et de la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers acquéreur, en raison de la difficulté probatoire que ces conditions emportent, de telle manière que, au final, la fraude supposée entre le promettant et le tiers-acquéreur leur profite doublement, d'une part, en permettant de conclure la vente tierce et, d'autre part en renforçant leur position par la preuve quasi impossible à fournir, sauf dans des hypothèses très particulières où le tiers acquéreur est un co-indivisaire ou un associé du bénéficiaire par exemple.

Ce sont finalement ces arguments qui ont convaincu la Chambre mixte de la Cour de cassation, dans une voie finalement assez radicale, éloignée en tout cas de la formule de l'article 1106 de l'avant-projet de réforme du code civil, bien plus timide : « *le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la préférence sous réserve des règles assurant la protection des tiers de bonne foi* » où ni la possibilité d'une annulation ni celle d'une substitution ne sont évoquées.

**6** - A l'inverse, les arguments qui militent, en défaveur désormais, de ce revirement ont déjà été proposés et peuvent rapidement être rappelés, avec cependant, évidemment, moins de force aujourd'hui que lorsqu'il s'agissait de conforter la jurisprudence prévalant jusqu'à présent.

Le premier argument consiste à dénoncer la dépendance que la doctrine majoritaire assure entre tel contrat préparatoire, pacte de préférence ou promesse unilatérale, et le contrat préparé, pour considérer que l'engagement de promettre, notamment, est irrévocable puisque, selon cette conception, le promettant a donné définitivement son consentement au contrat préparé, une vente le plus souvent, argument moins efficace pour le pacte de préférence dans la mesure où la vente n'est alors qu'éventuelle (6). Cette confusion est regrettable dans la mesure où le consentement à la promesse unilatérale ne peut pas être confondu avec le consentement à la vente, sinon par un raccourci singulier qui objectivise le consentement du promettant tout en conservant à celui du bénéficiaire sa nature traditionnelle. Il est tout de même sidérant que l'on puisse ainsi considérer que, en tout état de cause, le consentement donné à la promesse vaut consentement à la vente future, et que le consentement donné par le vendeur à la vente à un tiers vaut consentement donné à une autre vente, celle que le bénéficiaire réclame, alors même que si le promettant n'a pas vendu au bénéficiaire, c'est bien qu'il ne le voulait pas, que l'on se trouve dans le cadre d'une promesse ou d'un pacte. La formule de l'avocat général Sarcelet est excellente : « *la réalisation de ce contrat n'étant pas comprise dans le pacte* » pas davantage que dans la promesse. Ce faisant, le bénéficiaire ne dispose pas d'un droit acquis à la conclusion du contrat préparé qui justifie que l'on ne se préoccupe que de ses intérêts, en oubliant tous les autres protagonistes, le vendeur et le tiers contractant. Finalement, c'est bien l'autonomie de ces contrats préparatoires qui est l'enjeu de la solution à donner. Ou bien, en effet, on considère ces contrats comme véritablement autonomes en ce sens qu'ils participent à la période de la négociation d'un contrat préparé, sous une forme contractuellement organisée, de telle manière que les logiques de la négociation des contrats doivent s'y retrouver, obligation de négocier de bonne foi, mais pas d'obligation de contracter, avec le risque, largement dénoncé, de rapprocher ces contrats du régime de l'offre de contracter ; contre la solution nouvelle donc. Ou bien, au contraire, cette autonomie est refusée, ces contrats se rapprochant davantage de la vente à conclure, mais avec le risque, alors, de dénaturer ces contrats en les érigeant en véritables droits de préemption, dans leur sens le plus musclé (rappelons que la plupart des droits de préemption organisent un régime de préférence et non de substitution de contractant) ; pour le revirement, alors.

Le second consiste à relativiser l'argument tiré de l'irrévocabilité de l'engagement contractuel : la formule de l'article 1134, alinéa 2, consiste à ériger en faute la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée, sauf exception. Observons d'ailleurs, que l'engagement de préférer était en l'espèce à durée indéterminée de telle manière que chaque partie devait pouvoir le dénoncer à tout moment, solution qui est différente de celle que prône la jurisprudence en termes de prescription des pactes à durée indéterminée. Par conséquent, la violation d'un pacte de préférence ou la rétractation d'une promesse unilatérale de vente pourraient utilement et plus exactement être considérées comme des formules de résiliation, éventuellement fautives, de ces contrats préparatoires. Mûrissons la portée de cette décision dans d'autres contrats : le contrat de distribution rompu avant son terme doit-il faire l'objet d'une exécution forcée en nature dès lors que les conditions posées lors de la conclusion du contrat sont toujours rassemblées, le contractant ainsi évincé au profit d'un distributeur tiers pourra-t-il obtenir la substitution dans les droits du tiers, quel sera le sort des mécanismes d'offre concurrente ? On sait bien que la jurisprudence contrôle alors l'abus dans la rupture du contrat en observant, alors, sous une forme ou sous une autre, les motifs d'une telle rupture, pour mesurer l'étendue des dommages et intérêts dus, mais point pour assurer une perpétuation du contrat.

Le troisième argument consiste à réfléchir sur l'opportunité d'une telle sanction en nature. Bien entendu, l'argument usuellement présenté selon lequel l'obstacle de l'article 1142 est académique et que la force obligatoire du contrat, éventuellement préparatoire, permet d'obtenir leur exécution forcée en nature est un argument implacable. Une chose, cependant, est la possibilité d'une telle sanction et une autre est celle de son opportunité, surtout de manière aussi systématique. On relèvera au passage la contradiction qu'il y a à invoquer la force obligatoire du contrat préparatoire, l'érigeant ainsi au rang de contrat ordinaire pour, aussitôt, nier son indépendance à l'égard du contrat préparé.

Lorsque le promettant décide de ne pas assumer son engagement de promesse ou de préférer en vendant à un tiers, il ne commet pas nécessairement une « fraude » aux droits du bénéficiaire, au sens où il chercherait absolument à évincer le bénéficiaire. Il cherche en réalité, le plus souvent, à réaliser une bonne affaire, en vendant le bien plus cher que le prix qu'il aurait pu espérer de ce bénéficiaire, couvrant le préjudice qu'il aura à réparer. C'est en ce sens que ces contrats préparatoires participent de cette période particulière qu'est la négociation du contrat préparé. A défaut, les parties n'auraient-elles pas conclu une vente conditionnelle ? Et pourquoi ne pas reprocher au bénéficiaire de s'être insuffisamment préoccupé de ses propres intérêts par l'organisation minutieuse du pacte, via une clause de dédit ou une clause pénale ? Il est donc difficile de chercher à déceler une obligation de contracter et on répètera ici que la violation d'un tel contrat est, souvent, économiquement profitable, pour le vendeur, pour le tiers acquéreur, pour le bénéficiaire qui verra son préjudice réparé, la perte de chance de conclure le contrat envisagé, et pour l'Etat.

Pourquoi ne pas choisir un mécanisme de sanction plus souple tel que, sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3, du code civil, une obligation de renégocier prioritairement avec le bénéficiaire qui pourrait ainsi s'aligner sur le prix proposé par le tiers, c'est-à-dire, finalement, identifier un véritable remède à cette inexécution contractuelle tenant compte de tous les intérêts en jeu, plutôt que la plus lourde sanction envisageable ? Ce n'est pas non plus dire qu'une telle fraude est inconcevable, notamment lorsque le vendeur cherche, tout au contraire, à évincer le bénéficiaire, indépendamment du prix que le bénéficiaire lui propose, situation que l'on trouve parfois dans certains contrats d'affaires où un pacte de préférence ou une promesse de vente est associée à une clause de non concurrence.

**7** - Tous ces arguments militent donc franchement en défaveur de la solution finalement choisie par la Cour de cassation, solution qui pêche par sa radicalité : dans certaines situations, il est possible que la sanction de la violation du pacte ou

d'une promesse par leur exécution forcée en nature puisse être efficace, il est bien moins certain qu'elle soit toujours utile, de telle manière que, quitte à faire évoluer sa jurisprudence, il eut été sans doute préférable de s'en remettre à la sagesse des juges du fond, libres, en principe, de choisir le mode de réparation qu'ils jugent le plus efficace (7), annulation et substitution dans certains cas exceptionnels, par exemple lorsque vendeur, bénéficiaire et tiers-acquéreur sont associés dans une même société et que la fraude au droit du bénéficiaire sont évidents, réparation du préjudice subi pour le reste, voire d'autres remèdes adaptés.

**Mots clés :**

**VENTE** \* Promesse de vente \* Pacte de préférence \* Acquéreur de mauvaise foi \* Substitution

(1) Cass. 3e civ., 30 avr. 1997, Bull. civ. III, n° 96 ; D. 1997, Jur. p. 475, note D. Mazeaud ; JCP éd. G 1997, II, 22963, note H. Thuillier ; Contrats, conc., consom. 1997, comm. n° 129, obs. L. Leveneur ; Defrénois 1997, art. 36634, n° 110, p. 1007, obs. P. Delebecque ; 10 févr. 1999, Bull. civ. III, n° 37 ; D. 2000, Somm. p. 278, obs. P. Brun ; RJDA 1999, n° 392, censurant l'arrêt d'appel qui avait annulé la vente « sans rechercher si l'acheteur avait eu connaissance de l'intention du titulaire à faire usage de son droit » ; Cass. com., 7 mars 1989, Bull. civ. IV, n° 79 ; D. 1989, concl. M. Jéol, note Y. Reinhart.

(2) Not. P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999, p. 771 ; P. Brun, Le droit de revenir sur son engagement, in Que reste-t-il de l'intangibilité des conventions ?, Dr. et patr. mai 1998, n° 60, p. 78 ; D. Mazeaud, note sous Cass. 3e civ., 15 déc. 1993, JCP N 1995, II, p. 31 ; Sur cette décision V. aussi, D. 1994, Jur. p. 507, note F. Bénac-Schmidt ; *ibid.* Somm. p. 230, obs. O. Tournafond ; D. 1995, Somm. p. 87, obs. L. Aynès ; D. Mazeaud, La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence, Gaz. Pal. 3 févr. 1994, doct., p. 210 ; D. Mazeaud, Exécution des contrats préparatoires, in L'exécution forcée du contrat en nature ou par équivalent, RDC 2005/1, p. 61 ; R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, Defrénois 1999, art. 37021, p. 833.

(3) D. Mainguy, L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, RTD civ. 2004, p. 1 ; La violation du pacte de préférence, Dr. et patr. 2006, n° de janvier, p. 72.

(4) L'exécution du contrat en nature ou par équivalent, RDC 2005/1.

(5) Cass. 3e civ., 10 juill. 2002, AJDI 2003, p. 461, obs. F. Cohet-Cordey ; JCP G, pan. 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 ».

(6) Cf. N. Molfessis, Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? RDC 2005, p. 37.

(7) Cass. 1re civ., 12 juin 1954, Bull. civ. I, n° 190.