

**Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup *probatio diabolica***

Pierre-Yves Gautier, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

\*\*

1 - A première lecture de l'arrêt rendu par la Chambre mixte de la Cour de cassation le 26 mai 2006, les partisans de l'exécution forcée du pacte de préférence, dont le signataire de cette note, peuvent avoir le sentiment d'avoir marqué des points ; cependant, à l'instar des batailles remportées sur les Romains par le fameux roi d'Épire, cette victoire s'avère coûteuse (tant d'efforts déployés) et légèrement décevante, si on en juge par le résultat obtenu.

Une donation-partage est établie à Tahiti qui contient un pacte de préférence à la charge d'un des attributaires ; l'acte paraît avoir été publié à la Conservation des hypothèques ; vingt-sept ans plus tard, le propriétaire procède à son tour à une donation-partage sur une partie de l'immeuble, rappelant le pacte ; cependant, quelques mois après, le nouvel attributaire vend le bien à une société civile immobilière.

Le bénéficiaire du pacte réclame sept ans plus tard d'être substitué dans les droits de la SCI.

Les juges du fond le lui refusent ; il forme un pourvoi en se prévalant à la fois de ce que, du côté du débiteur, aucun obstacle tenant à la nature de l'obligation ne pouvait être opposé à son exécution forcée et de ce que, du côté du tiers, celui-ci connaissait le pacte, du fait de la publicité foncière.

Le pourvoi est ainsi rejeté : « *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 de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* », ce qui n'était pas démontré en l'espèce.

Victoire à la Pyrrhus, puisque si le débiteur ne semble plus pouvoir se retrancher derrière la notoire obligation de faire (I), le bénéficiaire ne l'emporte toujours pas, échouant dans son rapport avec le tiers (II). *Probatio diabolica*, on va vite voir pourquoi.

**I - Contrainte sur le débiteur**

2 - Il y a eu beaucoup d'énergie dépensée au sujet du célèbre article 1142 du code civil aux termes duquel les obligations de faire se résolvent en dommages intérêts. On se souvient pourtant qu'il signifiait simplement, à l'origine, dans l'esprit de ses rédacteurs, poursuivant la tradition de l'ancien droit (*Vinius*), qu'il n'est pas possible de contraindre le débiteur à s'exécuter en nature quand sa liberté personnelle est en jeu.

Cependant, à partir du moment où tout créancier a droit à ce qui lui était promis (art. 1134 du même code), sauf impossibilité à démontrer de la part du débiteur, celui-ci n'a aucune raison de se trouver dispensé de s'exécuter dans les termes convenus, plutôt que de n'avoir qu'à payer une indemnisation, qui n'intéresse *a priori* pas la victime de l'inexécution.

Il ne s'agit pas de hiérarchie entre exécutions en nature et en équivalent, encore moins d'une vision académique ou romantique du droit des obligations, mais de l'observation pratique de la réalité contractuelle et de ce qu'attend le créancier de l'obligation inexécutée, le transfert de propriété sur le bien (1).

3 - Dans le cas du pacte de préférence, la Cour de cassation avait cependant fait application de l'article 1142 pour refuser toute substitution du bénéficiaire dans les droits de l'acquéreur (2). Mais l'arrêt annoté ne s'y arrête plus et ne prend d'ailleurs même pas la peine de le citer, alors que la cour d'appel s'était fondée sur lui.

On peut donc en tirer raisonnablement que la Chambre mixte (composée des 1<sup>re</sup> et 3<sup>e</sup> Chambres civiles, des Chambres commerciale et sociale) n'entend pas se fonder sur l'impossibilité supposée de contraindre le débiteur à s'exécuter en nature après que son contrat avec le tiers aura été anéanti. Il y a là un progrès notable qui mérite d'être salué. Les mots employés aussi (annulation/substitution).

L'avant-projet de réforme du droit des obligations, tout en restant sur le terrain des obligations de faire, comporte une progression notable sur le sujet avec l'article 1154 : « *l'exécution de faire s'exécute si possible en nature. Son exécution peut être ordonnée sous astreinte ou un autre moyen de contrainte, sauf si la prestation attendue a un caractère éminemment personnel* » (V. égal. l'art. 1369). C'est un retour aux sources historiques, même si le « si possible » ne s'impose pas.

Il paraît assez clair que l'arrêt s'est inspiré directement de l'avant-projet, ce qui est très stimulant du point de vue des « sources doctrinales », pré-législatives, du droit et de la jurisprudence. Sa portée intéresse tous les pactes (ex. : sociétés).

4 - Remarquons encore que la contrainte est d'autant moins forte que le débiteur a *déjà* pris son parti : vendre, de sorte que ce soit à *Primus* ou à *Secundus*, il a disposé de son bien. L'hypothèse où il se rétracterait sagement, décidant de ne plus vendre, ni au tiers, ni au bénéficiaire, ne paraît pas plausible (3). De toute façon, c'est trop tard.

Ainsi qu'un auteur l'a fortement exprimé, « celui qui a accordé la préférence avait déjà consenti : *son intervention n'est plus requise* » (4). S'il méconnaît le pacte, causant ainsi un trouble de droit substantiel au bénéficiaire, il engage alors une sorte de garantie d'éviction de son fait personnel, dont il doit répondre en concluant, fût-ce contre son gré, l'acte avec celui-ci (5).

Il restera à savoir quel sera le prix de vente.

**II - Contrainte sur le tiers**

5 - On tiendra pour acquise la connaissance du pacte par la SCI, ne serait-ce que du fait de la publicité foncière opérée. L'arrêt annoté ne la discute pas. On va y revenir.

Si le tiers est de mauvaise foi, cet état d'esprit s'alliant à celui du débiteur devrait conduire à ce que le juge annule la vente frauduleusement consentie, premier temps du raisonnement, puis substitue le bénéficiaire au tiers, second temps. Les obstacles surgissent à nouveau : annuler, oui, mais remplacer, en vertu de quel pouvoir (6) ? A la fois celui tiré de l'exécution promise, de la part du débiteur et de la réparation de la faute délictuelle, de celle du tiers complice (7). La

sanction du tiers réalise en même temps le droit du bénéficiaire.

On peut aussi considérer que l'acte conclu avec celui-là est inopposable au bénéficiaire, de sorte que tout doit se passer comme si on s'en tenait à l'exécution du pacte (8). Ce que prévoit l'avant-projet susvisé de réforme du droit des obligations, à l'art. 1106-1, dernier al., sur le pacte de préférence : « 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 ». En d'autres termes, en cas de collusion frauduleuse, l'acte conclu avec le tiers sera tenu pour non avenu (9). On pense par analogie à l'action paulienne. L'arrêt annoté semblait annoncer, avec son énergique attendu de principe, qu'il allait s'y ranger.

6 - Néanmoins, la Chambre mixte considère que la connaissance du pacte ne suffit pas à constituer le tiers de mauvaise foi pour déclencher le mécanisme d'annulation-substitution : il y faudrait *en plus* sa connaissance de l'intention du bénéficiaire d'utiliser son droit.

Sur ce point, l'arrêt est cette fois en retrait par rapport à l'avant-projet. Le motif n'est pas nouveau : la troisième Chambre civile l'avait posé il y a plusieurs années (10). Il ruine pour partie le bel effort consenti au sujet du débiteur. On peut le critiquer respectueusement pour trois raisons : l'existence d'une publicité, le fait que cette preuve soit impossible et non pertinente.

7 - La publicité est d'abord déterminante : elle a pour objet et pour effet de « *faire connaître aux tiers intéressés la situation juridique des immeubles...* » (11). Cependant, on sait que, sur ce point également, la Cour de cassation manifeste une position hostile au bénéficiaire, se montrant indifférente à la publicité, sur fond d'effet relatif du contrat (12).

Que l'on qualifie la publicité du pacte de simple information ou d'opposabilité d'une véritable restriction au droit de disposer est assez indifférent : ce qui compte est que le tiers soit de ce fait constitué de mauvaise foi et que le juge en tire les conséquences qui s'imposent (13).

Peu importe que la publicité du pacte de préférence soit facultative et point obligatoire (comp. les art. 28-2° et 37-1, Décr. 4 janv. 1955), *elle a eu lieu* : de par son existence même, l'acte étant désormais consultable par tout intéressé dans un fichier public, nul n'est désormais censé l'ignorer. L'information du tiers le constitue de mauvaise foi (14). On n'achète pas un immeuble, avec le concours d'un notaire, comme n'importe quel bien ordinaire, on doit se renseigner auprès du vendeur, dès lors que le pacte a été détecté, grâce à la publicité.

8 - La preuve de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte est ensuite *impossible*, diabolique, comme toute *preuve psychologique*, c'est à dire de l'état d'esprit d'une personne : qu'on pense à l'intention criminelle en droit pénal, à la volonté libérale en matière de donations, au mobile illicite dans le contrat, à l'intention frauduleuse dans l'action paulienne, à la démence dans tous les actes juridiques, etc.

On retrouve la *probatio diabolica*, naguère dédagée par les Glossateurs. La preuve impossible, c'est lorsque son objet ne peut être directement établi (15). Voilà pourquoi la loi ou le juge crée le plus souvent des présomptions, afin de déplacer l'objet de la preuve, la rendre possible.

Ici, de la publicité du pacte, le bénéficiaire jouit d'une présomption de sa connaissance par le tiers-acquéreur ; et on s'arrête là : on ne voit pas *sur quel fondement et de quelle manière* il serait en plus tenu de prouver 1) qu'il avait l'intention de profiter de son droit - c'est-à-dire *d'acheter ou de déclarer seulement qu'il n'y a pas renoncé* ? - au moment où l'acte avec celui-ci a été conclu par son débiteur 2) que le tiers aurait connu cette volonté (ce qui fait deux preuves psychologiques).

La Cour de cassation paraît ainsi ajouter à la loi et à la logique juridique (16). La mauvaise foi du tiers devient pratiquement impossible à rapporter. Pour que son système soit viable, il faudrait que le propriétaire *notifie au bénéficiaire le projet de vente avec le tiers et le mette en demeure d'exercer son option*. Il ne semble pas que cela ait été le cas en l'espèce.

9 - La preuve de l'intention du bénéficiaire d'exciper de son droit, est enfin *non pertinente* (17). Au moment où le propriétaire conclut avec le tiers, s'il n'a pas pris soin d'informer préalablement le bénéficiaire, afin qu'il préempte ou passe son tour, celui-ci est, par définition, dans l'expectative, son droit se trouvant en sommeil, en l'absence de notification. Comment pourrait-il avoir la moindre intention, sans information ? *A ce stade, il l'ignore lui-même. Comment le tiers pourrait-il alors connaître une intention qui n'est pas encore arrêtée ?*

Un pacte de préférence a généralement une durée de vie beaucoup plus longue qu'une promesse unilatérale de vente, le bénéficiaire a souvent le temps pour lui, on le voit ici : vingt-sept ans entre la signature et la prétention ; en matière immobilière, la publicité lui assure la sécurité de n'être point doublé par des tiers (18). Son droit reste pendant, en suspens, conformément au mécanisme fondamental des avant-contrats conférant une option au bénéficiaire, qu'il exercera à réception du projet de vente.

La position de la Chambre mixte oblige pratiquement le bénéficiaire à manifester à titre conservatoire par des actes positifs - lesquels et à quel moment ? - qu'il n'a pas renoncé à sa préférence (19). *Seule sa réaction à la notification du projet permettra d'être fixé sur son intention*, de sorte que la double preuve 1) de ses intentions 2) de leur connaissance par le débiteur et le tiers lui aussi intéressé par la chose, sera facile (courriers et comportements).

Au total, la « saga » du pacte de préférence est loin d'être achevée. Il faut aller plus loin.

#### Mots clés :

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

(1) *Contra*, Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, n° 28, au sujet du pacte de préférence, 32-44, pour une charge contre le principe « mythique » de l'exécution en nature et le faux rapport qu'il entretiendrait avec l'art. 1134, la norme ne devant pas être confondue avec sa sanction. Bien au contraire, dans l'esprit du bénéficiaire, c'est parce que le pacte oblige qu'il doit être exécuté avec le concours de la justice, de sorte qu'il devienne propriétaire du bien, objet de l'avant-contrat.

(2) V. spéc., Cass. 3e civ, 30 avr. 1997, D. 1997, Jur. 475, note D. Mazeaud ; RTD civ. 1997, p. 685, avec les obs. ; JCP 1997, II, 22963, note B. Thullier ; Contrats, conc. consom. 1997, n° 129, note L. Leveneur ; Defrénois 1997, 1007, obs. P. Delebecque.

(3) Rappr. D. Mazeaud, RDC 2005, p. 64 ; comp. N. Molfessis, *ibid.*, p. 47, et D. Mainguy, RTD civ. 2004, p. 1, spéc. p. 8.

(4) C. Atias, La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi, D. 1998, Chron. p. 203 ; V. égal., D. R. Martin, *Des promesses précontractuelles*, *Etudes J. Béguin*, Litec, 2005, p. 494, qui présente la situation en termes d'abdication de pouvoirs : en se liant à l'endroit du bénéficiaire, le promettant a par là même abdiqué son pouvoir de choisir qui sera l'acquéreur du bien.

(5) Sur l'analogie avec la garantie d'éviction, D. R. Martin, *passim*.

(6) V. P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Contrats spéciaux*, 2e éd., Defrénois, 2005, n° 146.

(7) Rappr. F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 7e éd., Dalloz, 2004, n° 68.

(8) V. C. Atias, *passim*.

(9) En ce sens, on pouvait déjà lire, Cass. com., 7 mars 1989, D. 1989, Jur. p. 231, concl. Jeol ; RTD civ. 1990, p. 70, obs. J. Mestre ; rendu en matière de valeurs mobilières, même si l'arrêt n'était pas dépourvu d'ambiguïté.

(10) V. spéc., Cass. 3e civ., 10 févr. 1999, D. 2000, Somm. p. 278, obs. P. Brun ; RTD civ. 1999, p. 856, avec les obs. ; et p. 616, obs. J. Mestre ; RDI 1999, p. 276, obs. J.-C. Groslière ; et p. 316, obs. F. Collart-Dutilleul ; JCP 1999, II, 10191, note Y. Dagonne-Labbe : le juge doit rechercher, « au besoin d'office, si (le tiers) avait eu connaissance de l'intention du cotitulaire du droit de préférence de faire usage de son droit » ; V. égal. D. Mainguy, *supra* note 3.

(11) V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 7e éd., PUF, coll. Quadrige, 2005, à cette entrée ; Rappr. A. Bénabent, *Les contrats spéciaux*, 6e éd., Domat-Montchrestien, 2004, n° 66.

(12) V., Cass. 3e civ., 24 mars 1999, D. 1999, IR p. 112 ; D. aff. 1999, p. 665 ; RTD civ. 1999, p. 627, obs. P. Jourdain ; p. 616, obs. J. Mestre ; et p. 644, obs. P.-Y. Gautier ; RDI 1999, p. 422, obs. J.-C. Groslière ; Defrénois 1999.751, obs. Ph. Delebecque ; V. A.S. Dupré-Dallemagne, La force contraignante du rapport d'obligation, Presses Univ. Aix-Marseille 2004, n° 221.

(13) Rappr. P. Simler et P. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 4e éd., Dalloz, 2003, n° 824.

(14) P. Simler et P. Delebecque, *op. cit.*, n° 862, sur l'effet des publicités facultatives.

(15) J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. I., PUF, coll. Quadrige, 2004, § 180 ; P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale au droit*, 2e éd., Defrénois, 2005, n° 186.

(16) On peut néanmoins se demander pourquoi le bénéficiaire a attendu sept ans pour agir, peut-être cela a-t-il fait mauvaise impression sur les juges.

(17) « Il est inutile de concevoir la preuve d'un fait si le résultat de cette recherche est indifférent à la décision » (F. Terré, *Introduction générale au droit*, 6e éd., Dalloz, 2003, n° 460).

(18) V. J. Huet, *Principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil de J. Ghestin*, 2e éd., LGDJ, 2001, § 11505.

(19) Faut-il qu'il envoie périodiquement des lettres recommandées au propriétaire afin de conserver son droit et alors même qu'il serait dans l'ignorance des projets de celui-ci ? Et de toute façon, le destinataire n'est pas le tiers. Le bénéficiaire ne peut tout de même pas écrire à tous les tiers qu'il suspecte. Evidemment, s'il a vent d'un projet précis, il fera bien d'envoyer une LRAR au vendeur et au tiers. Mais ce n'est qu'un pis-aller.