

Nullité et substitution en cas de violation d'un pacte de préférence

Julien Théron, Maître de conférences en droit privé, Université Toulouse 1

**

Tout comme le 31 janvier 2007 ⁽¹⁾, la troisième Chambre civile marque, dans cet arrêt du 14 février 2007, son ralliement à la solution avancée par la Chambre mixte le 26 mai 2006 ⁽²⁾, énonçant que « *le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit de demander la nullité du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits, et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur lorsque ce dernier, de mauvaise foi, connaissait, d'une part, l'existence du pacte de préférence et, d'autre part, l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir* ».

La majorité des auteurs voit dans la consécration d'une telle sanction une avancée théorique considérable, mais estime que, soumise à des conditions trop restrictives, cette sanction ne sera jamais prononcée. La difficulté de rapporter la preuve de la connaissance par le tiers de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte se trouve, d'ailleurs, confirmée par l'arrêt du 31 janvier 2007 ⁽³⁾. Cette condition n'ayant pu être démontrée, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi critiquant l'arrêt de cour d'appel en ce qu'il avait refusé d'ordonner la substitution d'acquéreur.

C'est dans ce contexte, parce que les conditions de nullité et de substitution étaient ici réunies, et que la troisième Chambre civile semble lier le prononcé de la nullité à celui de la substitution, que l'arrêt du 14 février 2007 mérite d'être étudié.

En l'espèce, apport avait été fait à une société d'exercice libéral à responsabilité limitée (SELARL) d'un fonds de commerce et d'un bail commercial contenant au profit de l'apporteur un pacte de préférence immobilier. Bien qu'ayant agréé l'apport, quelques années plus tard, le bailleur - ou plus exactement son héritier - vendit à une société civile immobilière (SCI) l'immeuble donné à bail sans avoir au préalable proposé la cession à la SELARL.

Cette dernière, s'estimant bénéficiaire du pacte de préférence, demanda alors, et obtint en justice, la nullité de la vente contrevenant à ses droits. Persuadée que les conditions d'annulation de la vente consentie en violation d'un pacte de préférence n'étaient pas réunies, la SCI forma alors un pourvoi en cassation.

La troisième Chambre civile, constatant la réunion des conditions d'annulation, rejette le pourvoi après avoir repris dans un attendu de principe la solution initiée par la Chambre mixte selon laquelle le « *bénéficiaire est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* ».

Cet arrêt de la troisième Chambre civile du 14 février 2007 révèle, alors, deux intérêts notables. Le premier, le plus évident, résulte du fait qu'en l'espèce la preuve était rapportée que le tiers connaissait non seulement l'existence du pacte de préférence, mais aussi l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Ces conditions étant communes à l'annulation du contrat et à la substitution, il est alors possible d'affirmer que cette dernière sanction ne restera pas purement théorique (I). Le second intérêt de cet arrêt naît du constat qu'uniquement saisie d'une difficulté relative à l'annulation d'une vente, au lieu d'énoncer la règle dirigeant la seule nullité du contrat, la troisième Chambre reprend le principe énoncé par la Chambre mixte consacrant la faculté de substitution. Or, selon celui-ci, l'annulation du contrat ne constitue qu'un moyen d'évincer le tiers pour lui substituer l'acquéreur. On est alors porté à s'interroger sur le point de savoir si la troisième Chambre civile n'a pas ainsi entendu lier nullité et substitution. La nullité ne pouvant alors plus être prononcée indépendamment de la substitution d'acquéreur (II).

I - Nullité et substitution des sanctions effectives

Un des enjeux majeurs de l'arrêt du 26 mai 2006 consistait à déterminer si nullité et substitution du contrat passé en violation du pacte de préférence devaient être subordonnées à la seule connaissance par le tiers acquéreur du pacte de préférence, ou s'il fallait continuer à considérer que le contrat ne pouvait être annulé qu'à deux conditions : d'une part, la connaissance par le tiers du pacte de préférence et, d'autre part, sa connaissance de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. La Chambre mixte a tranché pour la seconde solution, estimant que la mauvaise foi du tiers devait être constituée par ces deux éléments. Déçue, une grande partie de la doctrine a alors estimé que la preuve de la connaissance par le tiers de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte étant impossible, nullité et substitution ne seraient jamais prononcées par les juges du fond ⁽⁴⁾. Ces sanctions ne seraient alors jamais effectives.

S'il ne s'agit que d'une question de fait, il importe de relever qu'en l'espèce la mauvaise foi du débiteur était constituée et prouvée en toutes ses composantes. La troisième Chambre a pu ainsi rejeter le pourvoi, entérinant la décision de la cour d'appel d'annuler la vente.

La preuve de la connaissance de l'existence du pacte par le tiers était rapportée par le fait qu'un exemplaire du bail contenant le pacte de préférence lui avait été remis et qu'il avait eu la maladresse de produire au cours du procès un rapport d'expertise mentionnant l'existence du bail. La connaissance par le tiers acquéreur de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte - la « *probatio diabolica* » ⁽⁵⁾ - était, quant à elle, rapportée par le fait que l'acte notarié mentionnait l'existence d'un litige opposant le bailleur au bénéficiaire, qui avait, à cette occasion, exprimé sa volonté d'acquiescer.

Cet arrêt est donc l'occasion de relever qu'aussi rares soient-elles, contrairement à ce qui a pu être affirmé, il est des situations dans lesquelles la preuve de la mauvaise foi du débiteur peut être rapportée. Elle est difficile mais pas impossible ⁽⁶⁾. La double connaissance du tiers avait, d'ailleurs, déjà été rencontrée dans un arrêt de la Chambre commerciale du 7 juin 2004 ; la Cour de cassation avait dû, par conséquent, rejeter le pourvoi et attester du bien-fondé de l'annulation prononcée par la cour d'appel ⁽⁷⁾. La substitution n'est donc pas une sanction purement théorique. Si les hypothèses sont rares, cette sanction n'en demeure pas moins effective.

En l'espèce, toutes les conditions de la substitution étaient réunies, pourtant seule l'annulation du contrat passé en fraude du pacte de préférence a été ordonnée par la cour d'appel. Cela pousse à s'interroger sur la dépendance ou l'indépendance de l'annulation du contrat au regard de la substitution d'acquéreur. En cas de violation du pacte de préférence, la nullité peut-elle être la seule sanction prononcée ou, au contraire, doit-elle être nécessairement accompagnée d'une demande en substitution du bénéficiaire ?

II - Nullité et substitution des sanctions dépendantes

Depuis l'arrêt de Chambre mixte du 26 mai 2006, aussi critiquable que cela puisse paraître ⁽⁸⁾, il est admis que la

substitution d'acquéreur n'est pas subordonnée à la déclaration de l'inopposabilité de la convention passée en fraude des droits du créancier (9), mais à son annulation.

L'annulation de la vente contrevenant au pacte de préférence apparaît dans cette mesure n'être qu'un procédé technique permettant de parvenir à la substitution d'acquéreur. Pourtant, préalablement à cette jurisprudence, la substitution n'étant pas consacrée, le bénéficiaire demandait la seule nullité du contrat (10). Une partie de la doctrine s'est alors interrogée sur le point de savoir si, aujourd'hui encore, la seule annulation du contrat pouvait être ordonnée ou, au contraire, si cette mesure devait impérativement être accompagnée d'une substitution d'acquéreur.

La question est d'importance dans la mesure où en dépend l'étendue des pouvoirs des juges du fond. Selon la réponse, lorsque les conditions sont réunies, ces derniers auront une option entre nullité ou nullité suivie de substitution. Une règle de droit étant composée d'une hypothèse et d'une conséquence, c'est ici la conséquence attachée à l'hypothèse qui est sujette à interrogation. Au constat de la connaissance par le tiers du pacte de préférence et de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir (hypothèse), faut-il, depuis le 26 mai 2006, y attacher nécessairement la substitution comme conséquence, ou une option existe-t-elle entre nullité et substitution ?

Après avoir démontré que, dans un souci de cohérence juridique, la nullité ne devrait plus pouvoir être prononcée indépendamment d'une substitution, il conviendra de relever qu'il y a là une solution qui a peut-être été consacrée par l'arrêt étudié.

Le principe du droit à la substitution du bénéficiaire n'a été reconnu sous le visa d'aucun texte. Cependant, il est quasi unanimement reconnu que la substitution permet de renforcer la force du pacte de préférence en confiant à son créancier le bénéfice du contrat dont il a été privé. Seule la substitution permet donc de lui donner satisfaction. La nullité seule ne présente aucun intérêt pour ce dernier et ne devrait plus pouvoir être prononcée à moins de considérer que le pacte fait naître une obligation de faire dont la substitution constitue un mode d'exécution forcée, conception qu'il convient de rejeter.

Le pacte de préférence est classiquement considéré comme celui faisant naître à la charge du débiteur l'obligation de proposer en priorité un contrat au bénéficiaire. La substitution apparaît, alors, véritablement comme l'exécution forcée du pacte de préférence. Une fois le contrat avec le tiers annulé, en ordonnant la substitution, le juge contraint le débiteur à contracter, et donc à émettre l'offre de priorité convenue dans le pacte.

Selon cette conception, et bien qu'une partie de la doctrine la soutenant s'en défende (11), la nullité sans substitution peut permettre de satisfaire le bénéficiaire. C'est sans doute pour cette raison que la nullité du contrat était autrefois présentée comme le mode de réparation le plus « adéquat » du préjudice causé (12). En effet, une fois la vente conclue avec le tiers annulée, le bien réintègre le patrimoine du débiteur. S'il décide à nouveau de le vendre, il est obligé en exécution du pacte de le proposer en priorité au bénéficiaire. En ordonnant la nullité du contrat, le juge pourra donc permettre dans un second temps l'exécution volontaire du pacte.

La seule nullité du contrat présente pour le bénéficiaire un intérêt, dès lors que l'on considère que le pacte de préférence fait naître une obligation de faire à la charge du débiteur : proposer le contrat en priorité au bénéficiaire. S'il y a là une acception classique du pacte de préférence, elle doit être rejetée en ce qu'elle conduit inéluctablement à assimiler la substitution à l'exécution forcée de cette obligation (13).

En premier lieu, l'observation du mécanisme de substitution révèle que le juge ne contraint pas le débiteur à émettre une offre au bénéficiaire. Son intervention n'étant pas requise, il est difficile de considérer qu'il est contraint à exécuter son obligation. En second lieu, le juge n'en aurait d'ailleurs pas la possibilité. Dans un système juridique fondé sur l'autonomie de la volonté, le consentement doit résulter de l'expression de la volonté interne de son émetteur. Ce qui ne serait pas le cas si le juge contraignait le débiteur à l'exprimer. Le débiteur ne ferait, le cas échéant, que déclarer la volonté du juge, ce qui n'est pas admissible. Cela est particulièrement vrai pour les pactes de préférence intervenant en matière de vente. La propriété conférant à son titulaire la faculté de disposer de la manière la plus absolue, la décision de transférer ne peut que résulter de son libre arbitre. Nul - pas même le juge - ne peut contraindre l'expression de l'*animus transferendi dominii*. A la question de savoir si « le juge au nom de la morale ou de l'efficacité économique doit disposer du pouvoir de transférer la propriété » (14), la réponse doit être négative. Cette impossibilité est ancienne : à Rome, l'exécution forcée de la *traditio* était impossible (15) et, dans l'ancien droit, l'adage « *Nemo potest cogi ad traditionem* » était encore très vivace (16).

Dès lors, selon l'acception classique du pacte de préférence, si le débiteur ne peut être contraint à consentir, en cas de substitution d'acquéreur, le contrat naît sans son consentement. Il ne peut, dès lors, s'agir d'une vente, il s'agit d'une expropriation. Cela est, à l'évidence, aux antipodes du but poursuivi par la substitution : la conclusion du contrat envisagé dans le pacte de préférence.

Dès lors, il n'existe que deux alternatives. Soit la substitution est exclue de l'arsenal des sanctions possibles du pacte de préférence (17). Soit la substitution est admise, mais il faut alors analyser le pacte de préférence sous un autre jour.

Il suffit pour cela d'admettre que le pacte de préférence scelle une partie du consentement du promettant. « *Ayant donné son consentement sur un élément d'un contrat futur éventuel (la personne du contractant), le promettant est tout simplement lié par cette volonté figée, sans que le recours à une quelconque obligation de faire ou de ne pas faire ajoute quoi que ce soit à sa situation* » (18). Aussi, lorsque la substitution est ordonnée, la décision du juge ne supplée pas à la volonté du promettant. Le juge ne fait que constater l'existence du contrat promis. Après éviction du tiers par le biais de l'annulation du contrat passé en fraude du pacte de préférence, le juge constate la rencontre de l'acceptation du bénéficiaire avec l'offre « *mal orientée* » (19) exprimée par le promettant. Son rôle est purement déclaratoire. « *Il ne s'agit pas de contraindre le promettant à accomplir une obligation de faire plus ou moins personnelle ; il s'agit de faire exécuter un contrat parfait, à l'exécution duquel le mauvais vouloir du promettant ne peut le soustraire* » (20). Le contrat intervenant après substitution est alors celui envisagé dans le pacte.

Selon cette conception, le bénéficiaire n'a aucun intérêt à solliciter la seule nullité du contrat passé avec le tiers contrevenant à ses droits. Pour être satisfait du bénéfice dont on l'avait privé, il doit impérativement demander au juge sa substitution, c'est-à-dire le constat judiciaire de la formation du contrat projeté. Nullité et substitution sont donc indubitablement liées.

L'arrêt du 14 février étudié peut, d'ailleurs, être interprété comme associant nullité et substitution, faisant perdre à la nullité son autonomie d'autrefois.

En l'espèce, en effet, la troisième Chambre civile n'était nullement saisie d'un problème de substitution. Seule une nullité avait été demandée par le bénéficiaire et prononcée par la cour d'appel. Le pourvoi ayant pour finalité de démontrer que les conditions de l'annulation n'étaient pas réunies, il est tentant d'affirmer que si la Cour de cassation avait entendu dissocier la nullité de la substitution, elle se serait contentée de rappeler les conditions de la seule annulation avant de vérifier leur présence. Or tel n'a pas été le cas puisqu'elle formule les conditions dirigeant nullité et substitution. En outre,

la troisième Chambre reprend, ici, la solution initiée par la Chambre mixte le 26 mai 2006, qui avait pour seul but de consacrer la substitution comme sanction possible. La nullité n'étant, dans ce cadre, envisagée que comme procédé permettant d'évincer le tiers pour y substituer l'acquéreur. La même technique étant utilisée en matière de préemption lorsque la loi prévoit une possible substitution judiciaire (21).

La troisième Chambre civile aurait donc, dans cet arrêt, entendu lier nullité et substitution. Ce qui signifie, par conséquent, que les juges du fond ne peuvent prononcer la seule nullité de la vente. Pourtant, en l'espèce, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi alors que la cour d'appel n'avait fait qu'annuler la vente. Elle aurait pu casser cette décision pour non-déduction de conséquences légales (22). Ce moyen de pur droit n'était pas invoqué dans le pourvoi, cependant, elle pouvait le relever d'office (23). Peut-être a-t-elle considéré que la substitution n'ayant pas encore été consacrée en 2005 lorsque la cour d'appel a statué, il était impossible de lui reprocher d'avoir seulement annulé le contrat. Il faut reconnaître que la substitution résulte d'une consécration jurisprudentielle qui n'existait pas à l'époque. La troisième Chambre aurait alors décidé d'appliquer la jurisprudence pour l'avenir...

Mots clés :

VENTE * Promesse de vente * Pacte de préférence * Acquéreur de bonne foi * Dommages-intérêts

- (1) Civ. 3e, 31 janv. 2007, n° 05-21.071, D. 2007. Jur. 1698, note D. Mainguy, et Chron. C. cass. 1297.
- (2) Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, D. 2006. Jur. 1861, notes D. Mainguy et P.-Y. Gautier, et Pan. 2638, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2006. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; AJDI 2006. 667 ; Rev. sociétés 2006. 808, note J.-F. Barbière ; RDC 2006. 1131, note F. Collart-Dutilleul ; JCP E 2006. 2378, note P. Delebecque ; *ibid.* N 2006. 1278, obs. S. Piédelièvre ; *ibid.* N 2006. 1256, note B. Thullier ; *ibid.* 2006. I. 176, obs. F. Labarthe ; *ibid.* 2006. II. 10142, note L. Leveneur ; RLDC, sept. 2006. 5, note H. Kenfack.
- (3) Préc.
- (4) V., p. ex., J.-F. Barbière, note préc. ; P.-Y. Gautier, note préc., n° 8 ; L. Leveneur, note préc. ; S. Piédelièvre, obs. préc. ; B. Thullier, note préc.
- (5) P.-Y. Gautier, note préc., n° 8.
- (6) P. Delebecque, note préc. ; F. Labarthe, obs. préc. ; et surtout J. Mestre et B. Fages, obs. préc.
- (7) Com. 7 janv. 2004, n° 00-11.692, Bull. Joly 2004. 544, note P. Le Cannu. Ici, le bénéficiaire avait informé le tiers de son intention de se prévaloir de sa priorité en le lui notifiant par exploit d'huissier.
- (8) P. Delebecque, note préc. ; F. Labarthe, obs. préc. ; B. Thullier, note préc., p. 1418. V., égal., M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 1069 ; D.-R. Martin, Des promesses précontractuelles, *Etudes J. Béguin*, Litec, 2005, p. 487.
- (9) Contrairement à ce qui était préconisé par l'avant-projet de réforme du droit des obligations (art. 1106-1 c. civ.).
- (10) Civ. 3e, 10 févr. 1999, D. 2000. Somm. 278, obs. Brun ; RD imm. 1999. 276, obs. J.-C. Groslière ; *ibid.* 316, obs. F. Collart-Dutilleul ; RTD civ. 1999. 616, obs. J. Mestre, et 856, obs. P.-Y. Gautier ; JCP 1999. II. 10191, obs. Y. Dagorne-Labbé ; Com. 7 janv. 2004, Bull. Joly 2004. 544, obs. P. Le Cannu.
- (11) V., p. ex., B. Thullier, note préc., p. 1419.
- (12) M. Dagot, *op. cit.*, n° 1028.
- (13) V., p. ex., P.-Y. Gautier, note préc. ; B. Thullier, note préc.
- (14) F. Labarthe, obs. préc.
- (15) Seule une condamnation pécuniaire était possible. V. J.-P. Chazal et S. Vicente, Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil, RTD civ. 2000. 477, spéc. n° 40 ; Ourliac et de Malafosse, *Histoire du droit privé, Les biens*, PUF, 1961, n° 162.
- (16) V. J.-P. Chazal et S. Vicente, art. préc.
- (17) V., p. ex., F. Labarthe, obs. préc. ; D. Mainguy, note préc., n° 6 ; N. Molfessis, Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature, RDC 2005. 37.
- (18) D. Mazeaud, Exécution des contrats préparatoires, RDC 2005. 65, n° 9.
- (19) J.-F. Barbière, note préc.
- (20) Guillaud, cité par C. Larroumet, obs. ss. Civ. 3e, 20 déc. 1994, JCP 1995. II. 22491.
- (21) Art. L. 412-10 c. rur.
- (22) J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz, n° 66.04 s.
- (23) Art. 620, al. 2, c. civ.