





RTD Civ. 2007 p. 768

Transmissibilité, mise en oeuvre et sanction du pacte de préférence

(Civ. 3^e, 14 févr. 2007, n° 05-21.814, Bull. civ. III, n° 25, D. 2007.2444, note J. Théron  et 2966, Pan. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Causson  - T. com. Paris, 25 juin 2007, D. 2007. 2171, obs. A. Lienhard )

Bertrand Fages, Professeur à l'Université Paris XII

**

Des deux décisions référencées ci-dessus, on retiendra d'abord qu'avec une belle harmonie nos juridictions ont rapidement adopté la nouvelle jurisprudence initiée par la chambre mixte de la Cour de cassation le 26 mai 2006 ; jurisprudence selon laquelle le bénéficiaire d'un pacte de préférence est désormais en droit d'exiger que l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits s'accompagne d'une autre mesure : sa substitution au tiers contractant (RTD civ. 2006. 550 ). Certes, cette substitution est subordonnée à la double 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. Toutefois, comme nous l'avions observé en commentant l'arrêt de la chambre mixte, cette double preuve n'est pas impossible à rapporter. On en veut pour illustration, aujourd'hui, ces deux décisions qui, chacune à leur niveau, admettent la substitution en vérifiant que les conditions en sont réunies.

Dans l'arrêt de la Cour de cassation, il apparaît que le tiers acquéreur avait eu connaissance de l'existence du pacte de préférence tout simplement parce qu'il lui avait été remis un exemplaire du contrat de bail commercial dans lequel celui-ci était contenu. Quant à sa connaissance de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte, elle résultait de l'acte notarié qui mentionnait qu'il avait été informé d'un litige judiciaire opposant le promettant au bénéficiaire, dont le représentant légal avait, au cours de la procédure, exprimé la volonté d'acquérir l'immeuble. Tout cela avait permis à la cour d'appel - qui est sur ce point souveraine, comme le précise ici la Cour de cassation - d'estimer que les deux conditions de la substitution étaient bien réunies.

Dans le jugement du Tribunal de commerce de Paris, qui est relatif à un droit de préférence portant sur des actions, le tiers acquéreur avait lui-même expressément affirmé dans ses écritures qu'il avait connaissance de l'existence du droit de préférence. Cette première preuve a donc été, pour ainsi dire, fournie sur un plateau. Or la seconde n'a pas été plus difficile à rapporter. En l'occurrence, pour pouvoir se prononcer utilement sur l'opportunité de préempter ou non les actions au prix qui lui avait été notifié, le bénéficiaire avait tenté d'obtenir communication de l'exacte valorisation de ces actions dans le projet de cession intervenu entre le promettant et le tiers, et il s'était vu opposer un double refus, émanant du promettant comme du tiers. Il était donc facile, pour le tribunal, de considérer que ce tiers savait que le bénéficiaire avait l'intention d'exercer son droit de préemption. Ce à quoi est venu s'ajouter - mais ce point est plus contestable - le fait que ce tiers était un « professionnel averti des acquisitions et cessions de participations et des clauses usuelles en la matière ».

Comme on le voit dans ces deux espèces, la preuve de la double connaissance que le tiers avait de l'existence du pacte et de l'intention du promettant de s'en prévaloir n'est donc pas mission impossible. Voilà pour ce premier aspect.

L'intérêt de ces deux décisions ne s'arrête cependant pas là. Quoique cela n'ait fait l'objet d'aucun débat en l'espèce, l'arrêt de la chambre commerciale permet de se rendre compte de la grande transmissibilité du pacte de préférence. A l'arrivée, en effet, les deux parties au pacte de préférence n'étaient pas celles du départ. Côté passif, l'obligation découlant du pacte avait été recueillie par l'ayant cause du promettant décédé : cela confirme le principe de transmissibilité du pacte aux héritiers (mais V. Civ. 1^{re}, 24 févr. 1987, RTD civ. 1987. 739, précisant qu'il en va différemment lorsque les parties ont entendu conférer au pacte un caractère strictement personnel). Côté actif, le droit accordé par le pacte avait été apporté à une société par le bénéficiaire en même temps que son fonds de commerce et, surtout, que le bail commercial dans lequel le pacte était inclus ; cette transmission s'était effectuée par acte authentique auquel était intervenu le promettant qui avait déclaré accepter la société au lieu et place du bénéficiaire initial.

La particularité du jugement du Tribunal de commerce de Paris est de mettre en lumière une difficulté pouvant apparaître lorsque les parties, comme c'est presque systématiquement le cas en droit des sociétés, sont allées jusqu'à aménager un véritable mécanisme conventionnel de préemption permettant au bénéficiaire de conclure aux mêmes conditions que celles contenues dans un projet de contrat élaboré entre le promettant et le tiers. En pareille hypothèse, il est toujours prévu que, selon certaines conditions de forme, de délai et de contenu, le promettant doit notifier ce projet au bénéficiaire afin que celui-ci soit en mesure de décider s'il exerce ou non sa préemption ; et, de toute évidence, le prix de la cession projetée apparaît alors comme un élément déterminant.

Or, dans cette affaire complexe, ce que le promettant avait négocié avec le tiers n'était pas simplement la cession des actions qui faisaient l'objet du pacte de préférence, mais la cession d'un bouquet de participations, pour un prix global dont, en s'abritant derrière le secret des affaires, il refusait d'indiquer le mode de calcul et le montant. Dans ces conditions, le bénéficiaire n'avait donc pu vérifier que le prix qui lui avait été notifié, et dont il avait le sentiment qu'il était démesurément élevé, correspondait bien à la valorisation définitive de la participation litigieuse au sein du projet de cession. Cela fait dire au tribunal que le bénéficiaire « n'a pas été en mesure d'exercer son droit de préemption en toute connaissance de cause » et que le promettant, qui « ne peut se retrancher, *a posteriori*, derrière le secret des affaires pour refuser de faire face à ses obligations antérieurement contractées » envers le bénéficiaire, « n'a pas exécuté de bonne foi ses obligations en rendant la cession globale incompatible avec l'exercice du droit de préemption ».

On mesure tout l'intérêt de cette décision. En plus d'être riche d'enseignements pour la pratique, elle vient nous rappeler de façon originale que l'avant-contrat que constitue le pacte de préférence n'est pas soustrait, et loin de là, à l'obligation d'exécution de bonne foi. Celle-ci implique notamment que dans la mise en oeuvre du pacte le promettant fasse preuve d'une certaine transparence afin de permettre au bénéficiaire d'exercer sa décision en toute connaissance de cause.

Dernière précision à propos de ce jugement : dans sa décision de sanctionner durement le promettant et le tiers, le tribunal n'a pas été arrêté par l'absence de détermination définitive du prix de cession de la participation litigieuse : il a ordonné l'exécution forcée du pacte de préférence « au prix déterminable » à la date du projet de cession et précisé qu'« à défaut d'accord entre les parties, le prix sera déterminé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil ».

Mots clés :

CONTRAT ET OBLIGATIONS * Pacte de préférence * Transmissibilité * Mise en oeuvre * Sanction
SOCIETE * Cession de droits sociaux * Pacte de préférence * Transmissibilité * Mise en oeuvre * Sanction

