

Revue des sociétés 2006 p. 808

Exécution forcée du pacte de préférence : la substitution, une illusion ?

Note sous Cour de cassation (ch. mixte) 26 mai 2006, Daurice Pater, épouse Père c/ M. Jean Solari

Jean-François Barbiéri, Professeur des Universités CDA (Toulouse-I) et CREOP (Université de Limoges)

*
**

L'essentiel

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 Cour,

Vu leur connexité, joint les pourvois n° Y 03-19.376 et n° C 03-19.495 ;

Donne acte aux consorts Père de la reprise de l'instance introduite au nom de Daurice Père, décédée le 25 septembre 2003, en leur qualité d'héritiers ;

Donne acte aux consorts Père, tous les sept agissant en leur qualité d'héritiers de Daurice Pater, du désistement de leur pourvoi en ce qu'il est dirigé contre M. Bruggman ;

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (CA Papeete 13 février 2003), qu'un acte de donation-partage dressé le 18 décembre 1957 et contenant un pacte de préférence a attribué à M^{me} Adèle Amaru un bien immobilier situé à Haapiti ; qu'une parcelle dépendant de ce bien a été transmise, par donation-partage du 7 août 1985, rappelant le pacte de préférence, à M. Ruini Amaru, qui l'a ensuite vendue le 3 décembre 1985 à la SCI Emeraude, par acte de M. Solari, notaire ; qu'invoquant une violation du pacte de préférence stipulé dans l'acte du 18 décembre 1957, dont elle tenait ses droits en tant qu'attributaire, M^{me} Père a demandé, en 1992, sa substitution dans les droits de l'acquéreur et, subsidiairement, le paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que les consorts Père font grief à l'arrêt d'avoir rejeté la demande tendant à obtenir une substitution dans les droits de la société Emeraude alors, selon le moyen :

1° que l'obligation de faire ne se résout en dommages-intérêts que lorsque l'exécution en nature est impossible, pour des raisons tenant à l'impossibilité de contraindre le débiteur de l'obligation à l'exécuter matériellement ; qu'en dehors d'une telle impossibilité, la réparation doit s'entendre au premier chef comme une réparation en nature et que, le juge ayant le pouvoir de prendre une décision valant vente entre les parties au litige, la cour d'appel a fait de l'article 1142 du code civil, qu'elle a ainsi violé, une fausse application ;

2° qu'un pacte de préférence, dont les termes obligent le vendeur d'un immeuble à en proposer d'abord la vente au bénéficiaire du pacte, s'analyse en l'octroi d'un droit de préemption, et donc en obligation de donner, dont la violation doit entraîner l'inefficacité de la vente conclue malgré ces termes avec le tiers, et en la substitution du bénéficiaire du pacte à l'acquéreur, dans les termes de la vente ; que cette substitution constitue la seule exécution entière et adéquate du contrat, laquelle ne se heurte à aucune impossibilité ; qu'en la refusant, la cour d'appel a violé les articles 1134, 1138 et 1147 du code civil ;

3° qu'en matière immobilière, les droits accordés sur un immeuble sont applicables aux tiers dès leur publication à la conservation des hypothèques ; qu'en subordonnant le prononcé de la vente à l'existence d'une faute commise par l'acquéreur, condition inutile dès lors que la cour d'appel a constaté que le pacte de préférence avait fait l'objet d'une publication régulière avant la vente contestée, la cour d'appel a violé les articles 28, 30 et 37 du décret du 4 janvier 1955 ;

Mais attendu que, 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 ; qu'ayant retenu qu'il n'était pas démontré que la société Emeraude savait que M^{me} Père avait l'intention de se prévaloir de son droit de préférence, la cour d'appel a exactement déduit de ce seul motif, que la réalisation de la vente ne pouvait être ordonnée au profit de la bénéficiaire du pacte ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

M. Canivet, premier prés. ; MM. Sargos, Weber, Ancel, Tricot, prés. ; M. Bailly, cons. rapp. ; M^{mes} Garnier, Lardet, Collomp, Betch, Pascal, Perony, MM. Peyrat, Barge, Gridel, Chauviré, Paloque, cons. ; M. Sarcelet, av. gén. ; SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Célice, Blanpain et Soltner, av.

Note

1. Sous l'autorité du premier président de la Cour de cassation, une Chambre mixte amplement composée (1) semble avoir, par ce retentissant arrêt (2), octroyé une efficacité quasi inespérée au « pacte de préférence », dont le bénéficiaire a été victime d'une violation de la promesse de priorité qui lui avait été consentie : voici poindre une faculté de substitution. Mais la Cour s'est muée en illusionniste car cette efficacité est soumise à des conditions toujours aussi draconiennes qui, au passage, continuent de nier l'intérêt concret d'une publicité de la préférence.

Autant, en effet, la reconnaissance d'un droit à la substitution est innovante, autant sont traditionnelles les contraintes qui commandent l'indispensable prononcé de l'annulation dont dépend une éventuelle substitution : les conditions d'accès à la substitution, dont cet arrêt consacre la faculté, rendent le passage aussi étroit que le chas d'une aiguille (3).

Néanmoins cette décision, bien qu'intervenue dans le domaine immobilier mais ayant fait abstraction de toute référence immobilière, est de portée générale ; elle est riche d'enseignements qui nourriront certainement, comme un auteur l'a observé avec raison, « la pratique contractuelle des clauses de préemption » (4), en particulier celles relatives au transfert de droits sociaux. L'expérience montre, en effet, que la rédaction du pacte ou de la clause est souvent déterminante du déclenchement et de l'issue d'un éventuel litige entre les parties, notamment entre les parties à une transmission d'actions ou de parts sociales (5).

2. Nous ne retiendrons des faits de l'espèce que ceux qui nous semblent avoir une incidence sur l'analyse juridique et sur la solution, étant observé que certains faits, qui apparaissent plus clairement dans la décision qui a clos le litige, en droit, quelques mois plus tard (6), n'ont peut-être pas suffisamment retenu l'attention ici.

Une donation-partage, qui attribuait un bien immobilier à un donataire, reprenait un pacte de préférence ancien concernant ce bien. Cet acte de donation avait été publié à la Conservation des hypothèques par le notaire qui l'avait dressé. Quatre mois plus tard, l'attributaire du bien le cédait à un tiers, en violation de la promesse de préférence ; le même notaire dressait l'acte de vente, en y visant la donation-partage mais non le pacte de préférence qui y était inclus et qui avait été publié avec celle-ci.

Une bénéficiaire de la promesse de préférence avait ultérieurement sollicité, à titre principal, l'annulation de la vente et sa substitution à l'acquéreur ainsi évincé. Subsidiairement, elle faisait valoir la responsabilité du vendeur, infidèle à la promesse, mais aussi la responsabilité du notaire et celle de l'acquéreur. Par l'arrêt rapporté, la bénéficiaire de la préférence butte sur un refus d'annulation et, par voie de conséquence, sur un refus de substitution, dont l'arrêt n'admet que le principe. En revanche, la bénéficiaire a obtenu satisfaction sur le subsidiaire : en appel, promettant infidèle, notaire négligent et acquéreur imprudent ont été condamnés à réparation *in solidum* ; leur pourvoi a été rejeté (7). La cote est assez mal taillée : beaucoup de bruit pour rien puisque l'on se retrouve au point de départ, soit la simple indemnisation du bénéficiaire de la préférence.

3. Il nous semble que, dans l'abondant débat judiciaire et doctrinal qu'a engendré le pacte de préférence, a été quelque peu perdue de vue la définition de celui-ci : on s'accorde pourtant, en général, à le définir comme l'engagement de consentir priorité à un bénéficiaire à l'occasion d'une éventuelle sollicitation, ou comme la promesse de formuler une offre de contrat en direction d'un destinataire prédéterminé, préférentiellement à tout autre (8). Il s'agit d'une variété d'avant-contrat, sous forme de l'anticipation d'une offre de contrat que la convention de préférence oriente, avant même son émission, vers une personne choisie à l'avance.

La cohérence devrait donc imposer à l'analyste qu'il demeure, au fil de son raisonnement, sur le terrain de la sollicitation ce qui, croyons-nous, permettrait de justifier la faculté d'une substitution sans risque de conflit avec les dispositions de l'article 1583 du code civil, auxquelles plusieurs décisions anciennes connues avaient cru devoir se référer pour écarter toute possibilité de substitution.

4. Il convient justement de relever, d'entrée, que l'arrêt rapporté ne vise ni cet article 1583, ni l'article 1142 du code civil auquel la jurisprudence antérieure se référait également volontiers afin d'écarter toute faculté de substitution. L'arrêt ne vise pas davantage l'existence ou l'absence d'une « collusion frauduleuse » sur laquelle la cour d'appel, en l'espèce, ainsi que plusieurs décisions remarquées et nombre de commentateurs s'appuyaient et s'appuient, encore aujourd'hui, pour retenir ou pour écarter l'annulation préalable de l'acte conclu en violation de la promesse de préférence.

En effet, pour espérer être substitué au tiers avec lequel le promettant infidèle a traité, le bénéficiaire de la promesse de préférence doit d'abord obtenir l'éviction de ce tiers ce qui, *a priori*, suppose l'anéantissement de l'acte passé en violation du pacte de préférence, non pas exactement en raison d'une « collusion frauduleuse » entre ce tiers et le promettant, mais en raison du consentement donné de mauvaise foi par le tiers - ce qui, on va le voir, n'est pas indifférent sur l'issue de l'analyse.

Annulation préalable de l'acte antagoniste ou nullité du consentement du tiers ?

5. L'étape consistant à évincer le tiers constitue un obstacle d'autant plus redoutable pour le créancier d'un droit de préférence que la jurisprudence s'est acharnée à rendre cet obstacle quasi infranchissable. L'arrêt rapporté ne rompt pas avec un académisme forgé en cinquante ans : il maintient l'obstacle nonobstant, en l'espèce, l'opposabilité particulière due à la publication de la donation-partage, qui contenait la clause de préférence, à la Conservation des hypothèques. Mais l'arrêt souligne un élément essentiel, selon nous, à savoir que seule la démonstration de la mauvaise foi du tiers est déterminante de la suite - l'éventuelle substitution.

Pour mémoire, il faut rappeler brièvement quelques points marquants du cheminement jurisprudentiel. Voilà longtemps déjà que les magistrats, soucieux de protéger le tiers avec lequel a traité un promettant, infidèle à son engagement précédent de consentir priorité à un bénéficiaire élu, considèrent insuffisante la preuve de la seule connaissance du pacte de préférence et exigent que soit aussi démontrée l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir (9). Paraissant aller plus loin encore dans cette exigence de preuve de la mauvaise foi, certaines décisions l'ont rendue bilatérale en visant la démonstration d'une « collusion frauduleuse », qui pourrait être conçue comme une machination secrète des parties qui se seraient entendues dans le dessein de tourner le droit de préférence, en somme un *animus nocendi* commun dont le bénéficiaire de la préférence serait la cible (10).

6. Mais une espèce au moins, revenant à l'exigence initiale, montre que la preuve d'une collusion frauduleuse serait insuffisante : en toute hypothèse, les juges du fond auraient le devoir de rechercher, au besoin d'office, si le tiers avait bien eu connaissance de l'intention du titulaire du droit de préférence de faire usage de celui-ci (11). Dans la gradation des exigences de preuve de la mauvaise foi du tiers, la démonstration de la connaissance de l'intention du bénéficiaire de la préférence de se prévaloir de celle-ci serait un ton au-dessus de la preuve d'une collusion frauduleuse car celle-ci s'entend seulement d'une commune volonté de porter atteinte à un droit, sans que l'on sache vraiment si le titulaire de ce droit avait l'intention d'en faire usage.

Cette espèce confirme du reste que cette exigence de preuve de la mauvaise foi du tiers, sous forme de la connaissance par ce tiers des intentions du titulaire d'un droit, est véritablement démoniaque. Il a été montré, de façon on ne peut plus convaincante, que cette preuve est quasi impossible à rapporter - sauf à imaginer que le tiers avait les pouvoirs d'Asmodée -, et que cette exigence n'est pas pertinente (12).

7. Rappelons aussi que, selon une jurisprudence bien assise, que ne dément nullement le présent arrêt, parmi les moyens de preuve de la mauvaise foi du tiers, la publication du pacte de préférence, y compris par la voie de la publicité foncière, n'est d'aucun « secours » (13) pour le bénéficiaire de la préférence : qu'il s'agisse d'une publicité à simple finalité informative ou d'une publicité afin de rendre le droit publié opposable à autrui (14), la publication d'un droit ne suffirait pas à renverser la présomption de bonne foi des tiers car, quand bien même elle aurait pour effet de faire

connaître la situation juridique de certains biens, elle ne permettrait pas de connaître l'intention du titulaire du droit public de se prévaloir de celui-ci (15). Au-delà de la négation de l'intérêt qu'il y a à organiser une publicité, notamment en matière immobilière, n'est-ce pas quelque peu hypocrite de feindre ignorer l'intention du titulaire d'un droit qui a fait l'objet d'une publicité (16) ?

La seule voie de protection ouverte au créancier d'un droit de préférence consisterait donc pour lui à anticiper et à notifier *urbi et orbi*, à toute personne susceptible de s'intéresser à l'objet du contrat potentiel, l'existence de son droit et son intention d'en faire usage, afin de réputer par avance de mauvaise foi chaque destinataire d'une telle notification. N'est-on pas aux confins de l'absurde, alors surtout que la substitution à un tiers qui, quoique réputé de mauvaise foi par la notification faite, passerait outre, ne serait même pas garantie, comme on va le voir ?

8. Quoiqu'il en soit de ces embûches sur le terrain de la preuve de la mauvaise foi, il importe de relever, pour la suite de l'analyse, que cette preuve vise principalement à contester la validité du consentement du tiers, qui a été partie à l'acte antagoniste de la préférence. En effet, ce n'est pas l'annulation de cet acte antagoniste qui est recherchée à titre principal (17), mais le constat de l'irrégularité de l'acceptation donnée de mauvaise foi à une offre de contracter formulée en violation du pacte de préférence.

Pourquoi convient-il d'insister davantage sur l'invalidité du consentement du tiers que sur la nullité du contrat que le promettant infidèle a passé avec lui ? La raison pourrait être trouvée dans la difficulté de concilier annulation de ce contrat et faculté de substitution : plusieurs auteurs et quelques décisions ont avancé que l'annulation de l'acte antagoniste s'opposerait à une éventuelle substitution du créancier de la préférence au tiers ainsi évincé car, disent-ils, la nullité ferait disparaître le consentement du promettant et, en conséquence, interdirait toute substitution à défaut de volonté de contracter émanant de celui-ci (18). C'est d'ailleurs la justification qu'avancait autrefois la Chambre commerciale lorsque, à l'occasion d'une cession de parts sociales en violation d'une antérieure promesse de préférence, elle faisait valoir qu'en cédant à autrui les parts litigieuses, les vendeurs avaient manifesté leur volonté de ne pas les céder à la bénéficiaire de la préférence de sorte que, la cession fût-elle anéantie, la volonté de céder préférentiellement les parts sociales aurait disparu et les dispositions de l'article 1583 du code civil feraient obstacle à la reconnaissance d'une vente au profit du créancier de la préférence (19).

9. Mais cette raison ne nous paraît pas pertinente : si l'annulation, en anéantissant le contrat, fait bien disparaître le consentement des parties à ce contrat, elle n'affecte pas la posture antérieure du promettant infidèle, qui était celle d'un pollicitant avant que son offre ne soit acceptée, de mauvaise foi, par le tiers. Le prononcé de la nullité remet seulement la cause et les parties dans la situation où elles se trouvaient au moment où le contrat a été conclu, et le débiteur de la préférence était bien en situation d'offre à un tiers lorsque celui-ci a exprimé son acceptation. Or, la mauvaise foi de ce tiers conduirait seulement à l'invalidation de son acceptation : l'offre initiale réapparaîtrait « à nu ».

Rien ne semblerait donc interdire une réorientation de cette offre en direction du bénéficiaire préférentiel qui, en acceptant, se substituerait à son prédécesseur, évincé. Pourtant, malgré l'apparente simplicité de la rencontre d'une offre et de son acceptation, cette substitution ne va pas de soi.

Faculté de substitution

10. L'hostilité ancienne et récurrente de la Cour de cassation à l'égard de toute faculté de substitution avait tout particulièrement cristallisé les critiques à l'occasion d'un arrêt rendu par la 3^e Chambre civile le 30 avril 1997, sous le visa de l'article 1142 du code civil (20). En revanche, quelques juridictions du fond n'hésitaient pas à statuer favorablement à une substitution, parfois de façon audacieuse (21).

Il n'est plus nécessaire aujourd'hui de faire le procès de l'application inappropriée de l'article 1142 (22). Les magistrats composant la présente Chambre mixte semblent d'ailleurs avoir renoncé à trouver un fondement textuel à leur décision puisqu'aucune référence n'est faite à l'une ou l'autre des dispositions du code civil auxquelles les décisions antérieures avaient recours, ne serait-ce que pour les écarter désormais.

Cependant, la doctrine majoritaire paraît très embarrassée par la possibilité d'une substitution, dans laquelle elle voit une « exécution forcée » du pacte de préférence, qu'elle s'efforce de justifier le plus souvent sur le terrain de la responsabilité en stigmatisant le comportement du promettant infidèle et en présentant la substitution comme une forme de réparation en nature que l'on pourrait fonder, selon certains, sur les prévisions de l'article 1143 du code civil (23). D'autres auteurs n'hésitent pas à affirmer que la substitution constituerait « côté mécanique, une véritable acrobatie » (24).

11. Telle n'est pas notre opinion : en vérité, ce que l'on appelle communément « substitution » n'est pas, *stricto sensu*, une exécution forcée de la promesse de préférence. En effet, dès lors que le tiers de mauvaise foi a été évincé, en raison de sa fraude, et que l'on considère que son partenaire était en position de sollicitation, la « substitution » est le simple constat de ce que l'acceptation du bénéficiaire de la préférence vient rejoindre l'offre qui, quoique mal orientée, avait été formulée en toute liberté par le promettant. Le contrat est « mécaniquement » conclu - c'est-à-dire de plein droit - car, en émettant son offre, le pollicitant s'est spontanément et sciemment placé en situation de devoir contracter avec un destinataire de cette offre, quand bien même serait ainsi « forcée » la volonté de ce pollicitant qui ne s'était pas adressé au destinataire préférentiel.

Certes, dira-t-on, cette analyse fait peu cas du droit de rétracter l'offre, mais l'on se rappellera aussi que, s'appuyant sur le devoir de contracter de bonne foi, une jurisprudence, largement approuvée en doctrine, a posé qu'une offre sérieuse et complète doit être maintenue le temps nécessaire à une éventuelle acceptation de se former : le pollicitant a pris, en connaissance de cause, le risque de devoir contracter et sa versatilité dans l'*intuitus personae* de son partenaire n'y change rien car il n'a plus l'entière maîtrise de son offre, une fois celle-ci émise. La « substitution » serait donc, sur le terrain de la formation du contrat, le remplacement de plein droit d'une acceptation frauduleuse par celle qu'exprime licitement le créancier de la préférence dès lors que l'offre qu'il escomptait a été émise : il y a bien un forçage, mais il ne s'agit pas à proprement parler d'une « exécution forcée » puisque le débiteur de l'obligation de préférence s'est volontairement placé en situation d'exécution de sa promesse en émettant l'offre que celle-ci prévoyait.

12. Le réel problème, selon nous, est ailleurs que dans le fondement d'un principe de substitution : la véritable difficulté se situe dans les conditions d'une substitution et, même, on va le voir, dans l'existence concrète d'une telle faculté. L'arrêt rapporté pose, en effet, seulement le principe d'une substitution : il constate que l'indispensable préalable à toute substitution, à savoir l'annulation de l'acte antagoniste, qui dépend elle-même de la preuve d'une mauvaise foi particulière du tiers, n'était, en l'espèce, pas satisfait. C'est un premier obstacle, dont on s'accorde à dire qu'il est presque insurmontable (25).

Cette première difficulté serait-elle franchie, encore faudrait-il que le créancier de la préférence manifeste la volonté d'accepter l'offre et, surtout, de l'accepter dans les mêmes termes que son prédécesseur évincé (26). Ceci suppose non seulement une identité des conditions économiques de l'opération mais, plus encore, une identité d'acte juridique. Or, l'expérience montre qu'il est fréquent que l'acte antagoniste d'une promesse de préférence a été conclu à des conditions distinctes de celles qui avaient été stipulées dans la promesse ou, plus gravement, que cet acte est d'une autre nature juridique que celui ou ceux pour lesquels la promesse avait été consentie (27).

13. Il est déjà difficile de concevoir que le créancier d'une promesse de préférence puisse être substitué au tiers de mauvaise foi par un acte, certes de même nature que celui qui a été annulé, mais conclu à des conditions distinctes de celui-ci parce que ces conditions sont celles qui avaient été stipulées *ab initio* dans la promesse, et non pas celles dont le promettant infidèle était convenu avec le tiers. Si une substitution était prononcée dans ce cas de figure, il s'agirait bel et bien d'une exécution forcée, et même d'une hypothèse de « contrat forcé » puisqu'aucune offre conforme aux stipulations de la promesse n'a été émise, bien qu'une offre ait été faite au tiers ultérieurement évincé, mais à d'autres conditions.

A fortiori se trouverait-on dans une hypothèse de « contrat forcé » si la substitution était prononcée au profit du créancier de la préférence, bien que l'acte conclu par le promettant avec un tiers ait été d'une autre nature juridique que celui (ou ceux) entrant dans les prévisions de la promesse (28). A notre connaissance, il n'existe qu'une espèce publiée où les magistrats d'appel ont eu l'audace de substituer les bénéficiaires d'une promesse de préférence, qui avait été convenue en cas de cession d'actions, à un coéchangiste évincé en raison de sa collusion frauduleuse avec le promettant ; la Chambre commerciale avait cassé, sur le fondement de l'article 1142, mais, en ne se prononçant pas explicitement sur la faculté d'une substitution, elle avait ouvert la voie d'interprétations divergentes (29).

14. Si, dans les deux hypothèses précédentes, une « substitution » était prononcée au profit du créancier de la préférence, il ne pourrait s'agir que d'une forme prétorienne de sanction de la fraude imputée au promettant infidèle : une telle substitution ne saurait être justifiée ni sur le terrain de la formation du contrat, ni au titre de réparation la plus adéquate du préjudice occasionné au bénéficiaire de la préférence. Faut-il reconnaître une pareille incidence à l'adage *fraus omnia corrumpit* ?

Nous ne le pensons pas et nous rejoignons volontiers ceux qui estiment que la violation d'un pacte de préférence, par des actionnaires, avec collusion frauduleuse entre eux et les cessionnaires, est *normalement* sanctionnée par la nullité de la vente (30). Ce n'est que si, exceptionnellement, les conditions d'une substitution sont réunies qu'il convient de la prononcer, c'est-à-dire si, après éviction du tiers de mauvaise foi, le créancier de la préférence exprime une acceptation dans les termes mêmes de l'acte annulé (31).

Résumons-nous : la substitution est un mirage ; plus on croit se rapprocher d'elle, plus elle s'éloigne.

Mots clés :

CESSION DE DROITS SOCIAUX * Clause d'agrément * Pacte de préférence * Exécution forcée * Substitution d'acquéreur

(1) Chambre mixte composée des 1^{re} et 3^e chambres civiles, de la Chambre commerciale et de la Chambre sociale.

(2) V. aussi BRDA 2006/11, p. 6, n° 13 ; D. 2006, p. 1861, note P.-Y. Gautier (28), et p. 1864, note D. Mainguy (29) ; JCP 2006, II, 10142, note L. Leveneur, et I, 176, n° 1, obs. F. Labarthe ; Bull. Joly Sociétés 2006, p. 1072, § 218, note H. Le Nabasque ; Petites Affiches 18 sept. 2006, n° 186, p. 12, note H. Houbron ; RJDA 2006, p. 815, n° 883, et p. 796, chron. P. Chauvin, Quelle sanction en cas de violation d'un pacte de préférence ? ; Defrénois 2006, p. 1206, obs E. Savaux ; RTD civ. 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages (30) ; Dr. et patrimoine oct. 2006, obs. Ph. Stoffel-Munck.

(3) En ce sens, L. Leveneur, note préc., La substitution se profile, en théorie... ; P.-Y. Gautier, note préc., Un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup *probatio diabolica*.

(4) H. Le Nabasque, note préc., Bull. Joly Sociétés 2006, spéc. p. 1078, *in fine*.

(5) Il n'est pas dans la nature du pacte de préférence de prédéterminer le prix du contrat envisagé, et la stipulation d'un délai n'est pas une condition de validité du pacte (Cass. 1^{re} civ. 6 juin 2001, Bull. civ. I, n° 166, p. 108 ; JCP 2002, I, 134, n° 1, obs. F. Labarthe ; RTD civ. 2002, p. 88, obs. J. Mestre et B. Fages (31), et p. 115, obs. P.-Y. Gautier (32) ; Cass. 3^e civ. 15 janv. 2003, Bull. civ. III, n° 9). Néanmoins, ces précisions, ainsi que la mention du domaine exact de la préférence (actes juridiques concernés et/ou exclus), la mention des conditions et délais d'un éventuel paiement, etc. facilitent à l'évidence l'exercice des droits (personnels) des parties et tarissent des sources de litige.

(6) Cass. 1^{re} civ. 11 juill. 2006, n° 03-18528, Juris-Data n° 2006-034537 ; JCP 2006, IV, n° 2770, p. 1668 ; D. 2006, p. 2510, note P.-Y. Gautier (33).

(7) V. Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2006, préc. *supra*, note 6.

(8) V. not. P. Chauvin, chron. préc. *supra* note 2, qui rappelle tant la définition qu'en donne le *Vocabulaire Capitant* que celle que propose l'avant-projet de réforme du droit des obligations (avant-projet sous la dir. du Pr. P. Catala, art. 1106-1) : ces définitions convergent vers celle d'une priorité consentie à un bénéficiaire déterminé à l'occasion d'une éventuelle offre de contrat - qui n'est pas nécessairement une offre de vente comme, par simplification, on le dit habituellement. Un auteur n'hésite pas à recourir à un terme très fort, l'abdication : selon lui, le promettant, en prédéterminant son éventuel partenaire, aurait « abdiqué son pouvoir de choisir » (D.-R. Martin, Des promesses précontractuelles, *Etudes offertes à J. Béguin*, Litec, 2005, p. 487).

(9) Par ex., Cass. 1^{re} civ. 20 févr. 1962, Bul. civ. I, n° 116, p. 102 ; Cass. 1^{re} civ. 15 déc. 1965, Bull. civ. I, n° 718 ; Cass. 3^e civ. 26 oct. 1982, Bull. civ. III, n° 208, p. 154 ; Gaz. Pal. 1983, 2, 661, note E. Sallé de la Marnière.

(10) V., en matière d'échange d'actions, arrêt *Saigmag* : Cass. com. 7 mars 1989, D. 1989, p. 231, concl. M. Jéol ; JCP 1989, II, 21316, concl. M. Jéol et note Y. Reinhard ; Rev. sociétés 1989, p. 478, note L. Faugérolas ; RTD civ. 1990, p. 70, obs. J. Mestre (34). Egalement, en matière de cession d'actions : CA Rouen, 9 déc. 1999, RJDA 2000, p. 532, n° 669 ; rejet des pourvois : Cass. com., 7 janv. 2004, RJDA 2004, p. 788, n° 840.

(11) En cette espèce, la collusion frauduleuse entre le promettant infidèle et le tiers, une SCI qu'avait interposée l'un des bénéficiaires d'une clause de préférence, ne faisait aucun doute et avait d'ailleurs été retenue par la cour d'appel ; la 3^e Chambre civile a néanmoins reproché à celle-ci de ne pas avoir recherché si le tiers (une SCI !) avait eu « connaissance de l'intention du co-titulaire » de la préférence de faire usage de celle-ci (Cass. 3^e civ. 10 févr. 1999, JCP 1999, II, 10191, note Y. Dagorne-Labbé ; RTD civ. 1999, p. 616, obs. J. Mestre (35), et p. 856, obs. P.-Y. Gautier (36) ; RDI 1999, p. 276, obs. J.-Cl. Groslière (37), et p. 316, obs. F. Collart Dutilleul (38) ; D. 2000, somm. p. 278, obs. Ph. Brun (39)).

(12) Sur cette *probatio diabolica*, à la fois impossible et non pertinente, v. spéc. P.-Y. Gautier, note préc., D. 2006, p. 1863 (40), n° 8 et 9.

(13) Le terme est emprunté à L. Leveueur, note préc., JCP 2006, spéc. p. 1654. Néanmoins, l'auteur ne vise que la publicité « informative » du pacte de préférence (décr. 4 janv. 1955, art. 37-1), alors qu'en l'espèce la publicité de la donation-partage contenant la clause de préférence avait été faite à des fins d'opposabilité (décr. 1955, art. 28-2°).

(14) Ce qui avait été le cas en l'espèce, sauf à dissocier la clause de préférence, rapportée dans l'acte de donation-partage, du reste de l'acte.

(15) Cass. 3^e civ. 24 mars 1999, D. Affaires 1999, p. 665, obs. J. F. ; Defrénois 1999, p. 751, obs. Ph. Delebecque ; RTD civ. 1999, p. 617, obs. J. Mestre [📄](#), et p. 627, obs. P. Jourdain [📄](#), et p. 644, obs. P.-Y. Gautier [📄](#) ; RDI 1999, p. 422, obs. J.-Cl. Groslière [📄](#).

(16) V. aussi les brèves mais vigoureuses critiques formulées par P.-Y. Gautier, note préc., D. 2006, p. 1863 [📄](#), n° 7.

(17) Certains auteurs considèrent comme pleinement satisfaisante cette annulation, au motif que le titulaire d'un simple droit personnel ne saurait escompter mieux que le prononcé de la nullité de l'acte antagoniste : convaincus de l'éminente fragilité du pacte de préférence, ils ne cherchent pas à en protéger autrement le créancier (v. en ce sens, par ex., F. Labarthe, obs. préc., JCP 2002, I, 134, et 2006, I, 176, spéc. n° 4, citant J. Maury et A. Bénabent ; N. Molfessis, Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ?, RDC 2005, p. 37). Peut-être est-ce satisfaisant pour les juristes ; en revanche, en ce cas, le créancier aurait avantage à solliciter directement son indemnisation auprès du promettant, plutôt que de rechercher une annulation qui ne lui apporterait rien d'autre qu'un plaisir vindicatif (sauf à solliciter simultanément une condamnation *in solidum* des partenaires d'une collusion frauduleuse).

(18) V. par ex., M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988, n° 1069. Plus récemment, D.-R. Martin, contribution préc. *in Etudes offertes à J. Béguin*, Litec, 2005, note 26. V. aussi, CA Rouen 9 déc. 1999, RJDA 2000, p. 532, n° 669.

(19) Cass. com., 27 mai 1986 : Bull. Joly 1986, p. 687 ; RTD civ. 1987, p. 88, obs. critiques J. Mestre.

(20) Arrêt *Médecins du Monde* : Cass. 3^e civ. 30 avr. 1997, D. 1997, p. 475, note D. Mazeaud [📄](#) ; JCP 1997, II, 22963, note B. Thullier ; Defrénois 1997, p. 1007, obs. Ph. Delebecque ; Contrats, conc. consom. 1997, comm. n° 129, note L. Leveueur ; RTD civ. 1997, p. 673, obs. P. Jourdain [📄](#), et p. 685, obs. P.-Y. Gautier [📄](#) ; *ibid.* 1998, p. 98, obs. J. Mestre [📄](#) ; Ch. Atias, La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi, D. 1998, chron. p. 203 [📄](#).

(21) A titre d'exemple, dans l'affaire *Saigmag*, citée *supra*, note 10, la Cour de Paris avait prononcé une substitution discutable (CA Paris 23 juin 1987, Bull. Joly Sociétés 1987, p. 701, § 288) dont, selon certains commentateurs, la Chambre commerciale n'aurait pas expressément écarté la faculté ; sur renvoi de cassation, la Cour de Lyon avait, à partir d'une analyse différente des éléments du dossier, maintenu la substitution (CA Lyon 15 nov. 1990, Bull. Joly Sociétés 1991, p. 51, § 8). V. aussi, favorable à une substitution, CA Paris 12 déc. 1990, Bull. Joly Sociétés 1991, p. 595, § 210, note M. Jeantin.

(22) V. not. la brillante et virulente critique que constitue la chron. préc. de Ch. Atias ; v. aussi les commentaires de D. Mazeaud, P. Jourdain, P.-Y. Gautier et J. Mestre préc.

(23) Mais la 1^{re} Chambre civile refusait d'appliquer l'article 1143 au pacte de préférence car il ne met à la charge du débiteur qu'une obligation de faire (Cass. 1^{re} civ. 10 juill. 2002, Bull. civ. I, n° 192 ; RTD civ. 2003, p. 107, obs. P.-Y. Gautier [📄](#)).

(24) En ce sens, notamment, F. Labarthe, obs. préc., JCP 2006, I, 176, spéc. n° 5. V. sur l'exécution forcée, spécialement en droit des sociétés : H. Le Nabasque et G. Terrier, L'exécution forcée des pactes d'actionnaires, Dr. sociétés, Actes pratiques, 1994/14 ; A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, préf. Y. Guyon, Economica, 2004.

(25) V. par ex. les commentaires dubitatifs cités *supra*, note 3.

(26) Le remplacement, par le créancier de la préférence, de l'acceptant évincé en raison de sa mauvaise foi suppose que le créancier sollicite cette substitution, et qu'il se coule à la place même laissée vacante par le tiers évincé. En ce sens, H. Le Nabasque, note préc., Bull. Joly Sociétés 2006, spéc. p. 1078.

(27) A titre d'exemple, dans l'affaire *Saigmag*, citée *supra*, note 10, la Cour de Paris avait prononcé la substitution au profit des bénéficiaires d'une préférence, prévue en cas de cession d'actions, alors que l'acte antagoniste était une promesse d'échange de titres (CA Paris 23 juin 1987, Bull. Joly Sociétés 1987, p. 701, § 288). Dans une affaire *Codec-Una*, la même cour a refusé de faire jouer une préférence, convenue en cas de fusion, pour faire obstacle à un apport de titres lors d'une OPE (CA Paris 30 mars 1989, Bull. Joly Sociétés 1989, p. 978, § 337, note P.L.C.) ; de même, la Cour de Paris a écarté le jeu d'une clause de préemption, qui visait pourtant largement la cession, l'échange, l'apport en société, le nantissement, la donation d'actions, mais qui était confrontée à un traité de fusion (CA Paris 18 févr. 2000, Bull. Joly Sociétés 2000, p. 727, § 173, note P. Le Cannu ; RJDA 2000, p. 528, § 662). En revanche, elle a assimilé à une cession le prêt d'actions, qui aurait méconnu le droit de préemption d'un actionnaire (mais la nullité n'a pas été prononcée, le bénéficiaire n'obtenant que des dommages et intérêts : CA Paris 2 juill. 2002, RJDA 2003, p. 30, n° 35).

(28) V. les exemples préc. *supra*, note 27.

(29) V., dans l'affaire *Saigmag*, citée *supra*, note 10, l'arrêt de la Cour de Paris (CA Paris 23 juin 1987, Bull. Joly Sociétés 1987, p. 701, § 288), et la censure par la Chambre commerciale.

(30) V. par ex., CA Rouen 9 déc. 1999, RJDA 2000, p. 532, n° 669 ; rejet des pourvois : Cass. com. 7 janv. 2004, RJDA 2004, p. 788, n° 840. F. Labarthe, obs. sur Cass. 1^{re} civ. 6 juin 2001, JCP 2002, I, 134, n° 1.

(31) Sur le maintien de l'offre en dépit de l'annulation de l'acte, v. *supra*, n° 8 et 9.