

L'efficacité de l'efficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter

Daniel Mainguy, Professeur à la faculté de droit de Montpellier

Contrairement à ce qui avait pu être annoncé ou pronostiqué, l'arrêt du 11 mai 2011 n'est pas un revirement. Voilà maintenant près de cinq ans que, depuis l'arrêt de la chambre mixte de 2006, une très grande majorité de la doctrine prévoit ou espère un revirement de jurisprudence dans « l'affaire de la rétractation de sa promesse unilatérale de vente par le promettant »⁽¹⁾ ; voilà près de vingt ans que la même majorité combat l'arrêt *Cruz* du 15 décembre 1993 et quelques années qu'une joute doctrinale amicale oppose les deux signataires de ces lignes⁽²⁾. Rares sont ceux qui défendent la position de la troisième chambre civile adoptée en 1993 dont on annonçait qu'elle devait faire trembler les colonnes du temple contractuel⁽³⁾. Que n'a-t-on entendu, y compris dans les salles sages et dorées de la Cour de cassation, contre cet arrêt et ceux qui défendaient « l'efficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter »⁽⁴⁾ ; qu'on nous pardonne alors cet excès puéril de forfanterie par une autocitation blâmable.

1 - Techniquement, l'arrêt de 2011 est une confirmation : l'exécution forcée en nature de la vente supposée née d'une promesse unilatérale de vente alors que le promettant l'a rétractée avant la levée de l'option par le bénéficiaire n'a jamais été possible, elle ne l'est toujours pas. C'est cependant également un léger « virement » de jurisprudence : l'arrêt de 2011 ne se fonde plus sur l'article 1142 du code civil mais sur les articles 1101 et 1134 du même code. Pour le reste, la même formule qu'en 1993 est reprise : « *la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée* ». Ainsi donc, la rétractation de sa promesse par le promettant rend le consentement à la vente impossible. Tout, ou à peu près, a été écrit surtout dans un sens et dans, voire contre, l'autre et, dans la mesure où tout sera à nouveau écrit, on peut se borner à rappeler ici les grandes lignes du débat.

Les opposants à la jurisprudence de 1993 se fondaient sur une conception doctrinale continue, c'est-à-dire *théorique*, de la promesse de contracter établie par Louis Boyer en 1949 selon laquelle le promettant s'est, dans la promesse, engagé définitivement à la vente promise, de sorte que la réalisation de la vente ne dépend que de la volonté du bénéficiaire.

Inlassablement répétée, cette formule justifie toutes ses conséquences annoncées : le consentement du promettant est irrévocable, la rétractation par le promettant est contraire à la force obligatoire du contrat, peu important la nature de l'obligation du promettant, et, par conséquent, il est possible de forcer le promettant à maintenir son consentement donné à la vente. Il ne serait donc pas besoin d'en passer par le truchement de l'article 1142 et l'exécution forcée d'une obligation de faire, de ne pas faire, voire de donner : des auteurs éminents s'étaient évertués à démontrer que l'exécution forcée de la promesse reposait sur l'engagement de promesse lui-même, n'hésitant pas à convoquer le grand Kelsen et la pyramide des normes dans laquelle le contrat devrait prendre toute sa place. S'ajoute bien entendu un argument de morale juridique, renforcé par l'appel à la sécurité juridique, et un argument supposé d'autorité : la solution contraire reléguerait le régime du contrat de promesse à celui de l'offre.

Les quelques zéloteurs de la jurisprudence de la troisième chambre considéraient au contraire la solution en tant que telle, pour tenter de l'expliquer : le promettant a, en consentant à ce contrat de promesse, simplement consenti à ce contrat de promesse, qui est un contrat original et autonome, un contrat préparatoire à un contrat préparé, ici une vente. Le contrat de promesse de contrat a donc pour fonction de préparer un contrat futur, quel qu'il soit d'ailleurs⁽⁵⁾, et pour objet l'organisation contractuelle de cette préparation. Ce peut être une négociation, une préférence ou une promesse. Dans un contrat de promesse, le

promettant doit maintenir son offre, et le bénéficiaire lever l'option. Comme tout contrat à durée déterminée, il doit être exécuté et l'inexécution de ce contrat emporte sanction. Mais, si ce contrat est résilié, cette résiliation est efficace et éventuellement fautive, cependant, cette « résiliation-rétractation » n'a aucune incidence sur la vente, le contrat préparé. Elle n'a pas, et ne peut avoir, pour conséquence la conclusion du contrat préparé. Ou alors il faudrait, et ce serait une solution unique en droit français, que cette résiliation soit inefficace : comme l'affirmait la Cour en 1993 et comme elle l'affirme en 2011, la rétractation « *exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir* ». C'est donc bien sur le fondement des règles de formation du contrat préparé que la solution repose.

En outre, la solution est économiquement fondée : si le promettant rétracte sa promesse, c'est qu'il a vendu ou promis à meilleurs prix ou conditions à un tiers. C'est cet argument qui en général est présenté comme le plus indécent parce qu'il se fonderait sur le modèle de l'*efficient breach of contract* qui considère que l'exécution d'un contrat ou sa réparation sont équivalents, et donc qu'il suffit de payer une indemnité pour ne pas exécuter un contrat. Ce n'est qu'un argument d'opportunité. Il se trouve cependant que l'exécution forcée du contrat est, en principe, une exécution par équivalent et exceptionnellement une exécution forcée en nature. Le fait que cela corresponde à une solution dite d'*analyse économique du droit* n'en fait pas une solution inique, pas plus que la résiliation d'un contrat de distribution ou de travail à durée déterminée avant son terme. En outre, si le promettant a vendu la chose promise à un tiers, il l'a fait à un prix plus élevé et le transfert de propriété s'est effectué au profit de ce tiers : la sanction du maintien forcé du contrat de promesse est donc insuffisante et l'on retrouve là le lien avec le régime des pactes de préférence.

D'un point de vue technique donc, la question était bien de choisir entre une hypothèse dans laquelle la résiliation avant son terme d'un contrat de promesse de contracter peut être sanctionnée par le maintien forcé du consentement, qui serait une solution exceptionnelle, et une autre dans laquelle les contrats de promesse sont intégrés dans le champ, banal, des contrats : un contrat doit être exécuté (et il appartient aux contractants de prévoir tous les éléments de renforcement de l'efficacité de ce contrat par les clauses idoines : clauses pénales, clauses d'information de négociations parallèles, clauses d'exclusivité, etc., voire une clause d'exécution en nature, aux plaideurs de démontrer le préjudice subi par le bénéficiaire, aux juges de sanctionner la faute, etc.), mais s'il ne l'est pas, son inexécution se résout selon les techniques ordinaires de sanction des contrats. Il aurait été extraordinaire que l'inexécution de la promesse se solde par la formation du contrat objet de ce contrat préparatoire.

2 - Du point de vue de la politique juridique, considérer qu'il est *heureux* que la troisième chambre civile ait su résister aux sirènes stridentes de la doctrine majoritaire est un pur jugement de valeur. Le fait que la Cour ait retenu un ensemble d'arguments plutôt qu'un autre emporte une aimable surestimation du « moi » qui ne dépasse pas le stade de la satisfaction technique. En revanche, observée du point de vue de la méthode juridique et doctrinale, de la théorie du droit, l'« affaire de la rétractation de la promesse » est exemplaire. Il est stupéfiant en effet d'observer à quel point la plupart des juristes français ont cherché à se convaincre de la justesse de leur position *simplement parce qu'ils l'avaient formulée*. Cette manière de faire du droit s'inscrit dans le droit fil de l'Ecole formaliste française dominante qui, depuis Gény, Planiol et Ripert, est inscrite dans une ferme extension de la prétendue Ecole de l'Exégèse par absorption de la jurisprudence, en un nouveau formalisme qui s'est notamment installé au sein des théories générales qui présentent au juge le droit, non pas *tel qu'il est, mais tel qu'il doit être*. Chaque fois que la jurisprudence suit le modèle proposé, elle est louée ; chaque fois qu'elle s'en écarte, elle est vilipendée, comme si la doctrine, celle de l'Ecole formaliste, était le gardien de la « bonne » norme.

Cette confusion, largement partagée, entre technique juridique et théorie du droit se justifie de ce positivisme naïf et de la « croyance » selon lesquels le droit positif serait déduit, découvert d'autorité d'un ensemble de règles et principes immanents, immuables et bien entendu moralement satisfaisants, le tout dans un « système » juridique qui est à la fois complet et cohérent. Le droit positif est ainsi considéré comme « juste » par le simple fait qu'il est posé, selon cette technique de production du droit qui réduit la subjectivité, suspecte, du

juge à sa plus simple expression à défaut de pouvoir imposer une objectivité utopique. Le juge n'a donc pas d'autre solution que de retenir le « vrai » proposé par la doctrine, tout le reste relevant du « faux ». C'est particulièrement net dans « l'affaire de la rétractation de la promesse » : même après trois arrêts concordants de la Cour de cassation, la doctrine répétait invariablement dans maints commentaires ou manuels que l'engagement du promettant à la vente est irrévocable, etc., présentant ces décisions comme des « revirements » (mais de quoi ?) et les reléguant au rang de l'« anormal » ou de la contra-citation, jusque tout récemment après un arrêt de septembre 2010 dans lequel on cherchait à lire l'avenir comme on l'aurait cherché dans un vol de corbeaux. Le « vrai », c'est la proposition doctrinale, qui ne s'interroge même plus sur les fondements de ce « vrai », et le faux, l'erreur, c'est le réel. Or une conception réaliste du droit fait voler en éclats cette conception : la relativité du droit est telle qu'aucune solution ne s'impose d'autorité ni de manière immuable parce que le « système juridique » ou les « principes » *imposeraient* ceci ou cela. Il n'existe pas de « bonne » interprétation du contenu de l'article 1134 ou de l'article 1142 du code civil, mais différents arguments, de droit, d'équité, de morale, etc., entre lesquels il appartient au juge souverain de trancher pour réaliser le droit, un droit en perpétuel mouvement (6). Cette discussion des différents « vrais » possibles s'inscrit dans l'ordre de la technique juridique, point dans celui de la théorie ou de la philosophie du droit. Relève en revanche de la théorie du droit la considération de la méthode de production du droit, entre formalisme et réalisme par exemple. C'est d'ailleurs ce qui m'a toujours surpris dans la position de mon très excellent ami Denis Mazeaud avec lequel je suis prêt à être d'accord sur tout, sauf sur l'avant contrat, lui qui est si souvent et si farouchement combattu par la théorie générale, notamment dans cette fameuse querelle du *solidarisme contractuel*, de s'être ainsi, dans l'affaire des promesses, placé dans le sillage de la théorie générale la plus formaliste. On peut considérer que la doctrine dispose effectivement d'un pouvoir, qui consiste à décrire le réel, tel qu'il est, puis, éventuellement, à le critiquer ou le louer. Mais la description précède la prescription. La solution inverse est particulièrement redoutable et hélas assez partagée. Une proposition doctrinale est envisagée, par exemple dans le cas de la promesse unilatérale de vente, et si l'observation du réel, de la jurisprudence notamment, est contraire à cette proposition doctrinale, alors *c'est que la jurisprudence a tort*. On peut (doit ?) inverser la logique : observer la façon de juger, la mettre en ordre et éventuellement proposer des justifications, des modifications, des critiques (éventuelles). Ainsi, la Cour de cassation ne « m' » a pas donné raison : elle a simplement poursuivi une voie que j'avais tenté de décrire, expliquer et justifier comme j'aurais tenté d'expliquer la solution inverse pour, ensuite, l'apprécier.

L'« affaire de la rétractation de la promesse » est à cet égard exemplaire, mais comme avant elle celle de l'indétermination du prix, des actions directes, des libéralités hors mariage, etc. Elle concerne en réalité toute la « théorie » des contrats : leur négociation, la qualité de leur exécution, leur circulation, le changement de circonstances, la résiliation, etc. Si cet arrêt s'inscrit dans une démarche, déjà entamée, visant à se défaire de cette conception formaliste, alors c'est un changement majeur que les juristes doivent mesurer, dans le champ de la technique sans doute, mais également et surtout dans celui de la science du droit, qu'on loue, ou non, la jurisprudence *Cruz*.

Mots clés :

VENTE * Promesse de vente * Révocation * Obligation de faire * Exécution forcée * Levée de l'option

(1) A supposer que l'arrêt de 2006 fût un revirement de jurisprudence : comp. D. Mainguy, D. 2006. 1874. Je m'en remets aux notes et références publiées par D. Mazeaud dans sa note.

(2) Not. D. Mazeaud, RDC 2006. 1080.

(3) D. Mazeaud, note ss. Civ. 3^e, 15 déc. 1993, JCP 1995. II. 22366.

(4) Cf. D. Mainguy, RTD civ. 2004. 1.

(5) D. Mainguy, RTD civ. 2004. 1, spéc. 15, n° 26.

(6) Comp. D. Mainguy, L'interprétation de l'interprétation, JCP 2011. Doctr. 603.

Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2011