



Les pactes de préférence
(Ch. mixte, 26 mai 2006)

Aucune branche n'est épargnée. L'arbre du droit français se meurt. Sa vie ne tient plus qu'au fil de la métaphore : si ses racines sont encore vives, pour qu'une nouvelle poussée de sève lui redonne vie, il suffit qu'un juriste, fut-il méconnu – par exemple un étudiant, lors d'une séance de travaux dirigés – forge en lui une opinion réellement critique d'une de ces décisions insensées qui font depuis toujours l'actualité du droit positif. C'est dans cette perspective qu'il est louable de donner à commenter à la jeunesse des décisions comme cet arrêt relatif aux pactes de préférence rendu par la Cour de cassation, en chambre mixte, le 26 mai 2006¹. Preuve que le mal progresse dangereusement dans une matière (le contrat) qui passe encore pour le tronc commun de l'arbre.

Le propriétaire d'un bien immobilier était tenu par un pacte de préférence (publié à la Conservation des Hypothèques). On sait que ce dernier oblige le promettant, si jamais il entend vendre son bien, à adresser en priorité son offre à un bénéficiaire. Or, ici le promettant avait, au mépris de sa parole, choisis de vendre directement le bien à un tiers. Le bénéficiaire du pacte réclamait alors d'être substitué dans les droits de l'acquéreur, dans les termes de la vente, et, subsidiairement, l'allocation de dommages et intérêts. Le 13 février 2003, la Cour d'appel de Papeete, sans annuler la vente, lui avait accordé les dommages et intérêts, mais avait exclu la possibilité de lui accorder la substitution. C'est pourquoi il se pourvoyait en cassation. Et, devant le caractère transdisciplinaire de la question posée, l'on avait choisis de réunir une chambre mixte.

La discussion roulait sur la question des sanctions de l'inexécution des pactes de préférence. Cette question se subdivisait. Se posait d'abord celle du type de sanction, et plus précisément celle de l'admission de la substitution du bénéficiaire du pacte au tiers acquéreur. Ensuite, quelle que soit la sanction choisie, celle de ses conditions d'application.

Quant au type de sanction, la Cour d'appel s'en était donc tenu à l'allocation de dommages et intérêts, assortis éventuellement d'une annulation, écartée en l'occurrence. Elle avait exclu la substitution, perçue comme une exécution en nature, parce que le promettant n'est tenu que d'une obligation de faire, et que celles-ci se résolvent en dommages et intérêts. Le bénéficiaire du pacte soutenait au contraire que l'exécution en nature est de principe en cette matière, sauf impossibilité de contraindre le débiteur à une exécution matérielle, ce que la vente forcée n'implique pas. D'autre part il avançait un argument alternatif, selon lequel s'il s'agissait d'une obligation de donner, en ce cas la substitution constituerait l'exécution entière et adéquate du contrat. En bref, la substitution était recevable indépendamment de la nature de l'obligation du promettant.

Quant à la condition de la sanction, la Cour d'appel avait suspendu l'annulation à la preuve, d'une part, de la connaissance que le tiers acquéreur avait du pacte, présumée en l'occurrence par la transcription aux Hypothèques, et d'autre part à la connaissance qu'il avait

¹ On lira en priorité : 1° le moyen produit par les demandeurs au pourvoi, 2° le rapport du rapporteur, 3° l'avis de l'avocat général et 4° l'arrêt du 26 mai 2006 (tous documents accessibles sur Légifrance).

de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, si ce n'est des manœuvres utilisées pour l'en priver, ni l'une ni l'autre de ses dernières preuves n'étant rapportée.

Concernant la sanction, et l'admission de la substitution, la Cour de cassation abonde dans le sens du pourvoi. Elle reconnaît au bénéficiaire d'un pacte de préférence le droit d'obtenir d'être substitué à l'acquéreur dans les termes de la vente. Elle le fait sans entrer dans la discussion relative aux fondements d'un tel droit et à la nature de l'obligation en cause. Seulement, la sanction admise en principe, elle en refuse l'application en l'occurrence parce que comme la Cour d'appel au sujet de l'annulation, et contrairement au système défendu par le pourvoi, elle la soumet à la double condition de la connaissance par le tiers du pacte de préférence, et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Or la seconde condition n'est pas remplie, d'où le rejet.

L'importance de cet arrêt tient à ce que sur une question discutée la solution qu'il retient constitue un revirement de jurisprudence². Conformément aux vœux de toute une doctrine³, la Cour de cassation admet que la substitution puisse sanctionner l'exécution d'un pacte de préférence. C'est pourquoi cette décision sur laquelle la Cour de cassation n'est pas revenue, est appréciée. Il y a seulement que les conditions de preuve qu'elle continue, de manière classique, de poser, ont déçu les espoirs de la même doctrine (qui a vu dans la seconde condition une *probatio diabolica* !).

Nous laisserons de côté les conditions d'application de la sanction, qui ne font pas l'essentiel de cet arrêt, pour n'examiner que la sanction de l'inexécution du pacte. Nous critiquons le choix de la substitution. Nous y voyons un mal (I) qui doit bien avoir son remède (II).

I. Le mal : la substitution comme sanction de l'inexécution du pacte de préférence

La solution retenue par notre arrêt ne nous semble pas bonne (B), nous lui préférons, avec des nuances, l'ancien système de sanction (A).

² La substitution était refusée depuis Civ. 1^{ère}, 4 mai 1957, *Bull. civ.* I, n°190, plus anciennement déjà par Civ., 9 juil. 1834, *S.* 1834.I.741, et plus récemment par Civ. 1^{ère}, 10 juil. 2002, *Bull. civ.* I, n°192, *Rtd civ.* 2003, p. 107, obs. Gautier ; Civ. 3^e, 30 avril 1997, *Bull. civ.* III, n°96, *D.* 1997.J.475, note D. Mazeaud, *JCP* 1997.II.22963, note Thuillier, *Deffrénois* 1997, p. 1007, note Delebecque, *Rtd civ.* 1997, p. 673, obs. Mestre et p. 685, obs. Gautier, *Rtd civ.* 1998, p. 98, obs. Mestre ; 24 mars 1999, *Bull. civ.* III, n°80, *Rtd civ.* 1999, p. 616, n°2, obs. Mestre, p. 627, n°2, obs. Jourdain et p. 643, obs. Gautier ; Com. 27 mai 1986, *Rtd civ.* 1987, p. 88 ; 7 mars 1989, *Bull. civ.* IV, n°79, *D.* 1989.J.231. Mais l'avocat général Bailly signale tout de même une jurisprudence qui admettait le délaissement du bien au profit du bénéficiaire : Req., 15 avril 1902, *D.* 1903.I.38 ; 12 janvier 1926, *S.* 1926.I.183 ; Civ., 13 novembre 1929, *G.P.* 1929.II.930.

³ Voir les auteurs cités note précédente ainsi que D. Mazeaud, « La responsabilité de fait d'un pacte de la violation d'un pacte de préférence », *GP* 1994.I.210 (chron.), L. Leveneur, « Pacte de préférence ; Liberté ou contrainte », *Droit et patrimoine* Janv. 2006, n°144, p. 80 s., C. Atias, « La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi », *D.* 1998, Chron. p. 203, Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, thèse, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997. Mais voir aussi, *contra*, M. Mainguy, *Rtd civ.* 2004, p. 1 s., et « La violation du pacte de préférence », *Droit et patrimoine*, janvier 2006, n°144, p. 72 s. ; et, dans une moindre mesure, Y.-M. Laithier, « La prétendue primauté de l'exécution forcée », *Rdc* 2005, p. 161 et N. Molfessis, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *Rdc* 2005, p. 37 s. En outre, on notera que l'arrêt de 2006 a été rendu contrairement aux conclusions de l'avocat général.

A. Défense de l'ancien système de sanction

Il convient de distinguer les acteurs, et le rôle qu'ils ont joué. Le promettant qui ne respecte pas sa parole est contractuellement tenu de verser des dommages et intérêts au bénéficiaire du pacte. Sur ce point il n'y a pas de changement. Le revirement concerne seulement la sanction du tiers acquéreur. Il était admis que ce dernier était tenu de verser des dommages et intérêts, sur un fondement délictuel, à condition donc d'être de mauvaise foi, c'est-à-dire d'avoir connaissance du pacte (ce que laisse présumer la publication à la Conservation des Hypothèques). Ce point n'est pas non plus remis en cause.

La sagesse dicterait d'en rester là. Pourtant cela ne semble pas suffire puisque depuis des décennies jurisprudence et doctrine (surtout) cherchent d'autres sanctions. Une jurisprudence abandonnée avait ainsi envisagé l'inopposabilité de la vente au bénéficiaire du pacte publié. Et la jurisprudence immédiatement antérieure à notre arrêt admettait l'annulation du contrat conclus avec le tiers, à condition néanmoins que le tiers connaisse l'intention du bénéficiaire de se porter acquéreur. Mais la seule annulation, qui n'interdit pas au promettant de renouer, et cette fois-ci valablement (?), avec le même tiers, n'est pas une véritable solution.

Il est question du cas extrême de fraude. Cela suscite beaucoup d'inquiétude. Mais à notre sens le seul cas de fraude qui vaudrait d'ailleurs pour le coup annulation et renégociation serait le cas de fraude commise pas le seul tiers, manoeuvrant au détriment du bénéficiaire à *l'insu du promettant*. Car si le promettant est complice, le cas change de dimension.

Quoi qu'il en soit de cet ancien cadre d'analyse, la jurisprudence en est donc sortie... provisoirement (nous l'espérons).

B. Critique du système nouveau de la substitution comme sanction de l'inexécution du pacte de préférence

L'argument essentiel, contre la solution qui consiste, dans les termes de la vente, à substituer le bénéficiaire au tiers acquéreur, tient à la nature du pacte de préférence. Ce n'est pas un « avant-contrat », c'est un contrat. Et il ne s'agit pas de le traiter comme un contrat de vente (dans le cas où le pacte prépare une vente). La substitution revient en vérité à une expropriation du tiers acquéreur. Parce que l'objet du pacte ne concerne que la négociation éventuelle d'un autre contrat (vente, bail etc.). Il ne s'agit pas même d'une promesse de contrat (pour laquelle, à la limite, la solution eut été moins choquante). Libre au promettant de ne pas respecter sa promesse, sous la sanction de dommages et intérêts. Rien que de normal à cela.

Pour progresser un peu dans l'analyse on peut toujours envisager de plus près la nature de l'obligation contractée par le promettant envers l'attributaire. L'une des nombreuses discussions qui hantent cette matière concerne cette question. Un partisan de la substitution pourrait toujours défendre l'idée qu'il s'agit d'une obligation de donner. En réalité de nos jours cette prouesse lexicale n'est même plus nécessaire. Parce que quand bien même il s'agirait d'une obligation de faire (ou même de ne pas faire) l'inexécution de celle-ci se

résoudrait en principe en nature, et non plus en dommages et intérêts. C'est la décision de l'avant-projet Catala⁴.

La Cour de cassation n'est pas entrée dans ce dernier débat. De deux choses l'une. Soit elle a entériné la solution de l'avant-projet Catala, et le débat sur la nature de l'obligation était bel et bien sans portée. Soit, si l'on tient à maintenir de vieux principes, il faut dire qu'elle suppose que le promettant est tenu d'une obligation de donner⁵.

II. Le remède

Cet arrêt, qui a fait jurisprudence, est donc mauvais. D'où provient le mal ? D'un abus de *potestas* que commet une certaine jurisprudence qu'une certaine doctrine alimente en contentieux. La légitime *potestas*, en l'occurrence, revient aux intéressés les plus directs : aux contractants. Et à eux seuls. Ajoutons qu'il n'est jamais bon de générer de pareils revirements, sources d'insécurité et très coûteux. Les contractants doivent donc être tenus informés de ce problème.

L'affaire de Papeete avait en fait pour origine le louable souci de conserver un bien dans une famille. Combat de David contre Goliath. Qui pourrait trouver d'autres armes (aménager une indivision, ou constituer une société civile immobilière etc.). Concernant les pactes de préférence, si l'on y tient, nous conseillerons aux contractants, si cela répond à leurs vœux, d'insérer dans la clause pénale une formule par laquelle ils écarteront expressément cette jurisprudence de 2006 (fragile, au demeurant). Cela nous rappelle qu'il est possible à l'historien, pour certaines époques reculées de notre histoire, de retracer la progression géographique et temporelle de telle ou telle interprétation scolastique du droit romain à l'adoption, région après région, de clauses qui, dans les actes notariés, en excluaient l'application.

⁴ Article 1106-1. Encore une chose déstabilisante pour la jeunesse : lorsqu'à l'étude de la loi en vigueur (ou qui va bientôt entrer en vigueur) s'ajoute (voire se substitue) celle des projets et, comme ici, des avant-projets.

⁵ Sur laquelle il faut lire M. Fabre-Magnan, « Le mythe de l'obligation de donner », *Rtd civ.* 1996, p. 85 ; G. Pignarre, « A la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *Rtd civ.* 2001, p. 41 ; A.-S. Coudrier-Cuisinier, « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner (essai sur les causes d'une controverse doctrinale) », *Rtd civ.* 2005, p. 521. La sortie de cette crise passe obligatoirement par un retour aux sources (à commencer par *Digeste* 44.7.3.pr. [Paul]) qu'il vous suffit d'aborder avec la même dextérité qu'un arrêt de la Cour de cassation (ou qu'un avant-projet).