

Thème n° 2 : Les pourparlers et les avant-contrats

I – Connaissances de base

En 1793, Cambacérès énonçait, dans le cadre des travaux devant aboutir au premier Code civil que « *le droit de contracter n'est que la faculté de choisir les moyens de son bonheur* ». Cet utopisme jacobin met en évidence le rôle idéal de la volonté dans les contrats et, en filigrane, la liberté contractuelle. Demeure que la pensée révolutionnaire ne connaît qu'une forme simple de la rencontre des volontés qui préside à la formation des contrats : la plupart des conventions se forment sans discussions, sans palabres et sans négociations, sauf peut-être sur le prix. C'est « *le coup de foudre contractuel* » de Mousseron qui s'analyse en une simple rencontre immédiate de l'offre et de l'acceptation (J.-M. Mousseron, *La durée dans la formation des contrats, Etudes offertes à A. JAUFFRET, PU d'Aix Marseille, 1974, p. 509*). La phase pré-contractuelle n'existe ni en pratique ni dans le droit car elle ne revêt aucune importance et n'est source d'aucun contentieux ; il n'est qu'une exception connue et régie par le Code civil de 1804 : le compromis de vente immobilière (art. 1589 C. civ.).

Ce n'est qu'à la fin du XIX^{ème} siècle, à la suite d'une révolution industrielle qui a profondément modifié la société et la vie économique, que les contrats deviennent plus complexes et financièrement plus conséquents. Avec l'augmentation des enjeux, se sont imposées, pour ces contrats au moins, des négociations. En l'absence de textes régissant les pourparlers dans le Code civil de 1804, c'est la jurisprudence, appuyée de la doctrine, qui a élaboré un cadre juridique à la période précontractuelle. Cette importante construction prétorienne a été consacrée par la réforme du droit des contrats (§1).

Parallèlement à la construction prétorienne d'un droit des pourparlers, la pratique s'est tournée vers le contrat lui-même pour sécuriser une période précontractuelle incertaine juridiquement. Naît un paradoxe sur le modèle du compromis de vente : le contrat avant le contrat. Naît un nouvel instrumentum : l'avant-contrat (§2).

§1) Les pourparlers

Bien évidemment, la négociation précontractuelle n'est ni une condition d'existence, ni une condition de validité du contrat : un contrat peut se former instantanément ou presque, sans qu'il y ait eu de discussion préalable entre les deux futurs contractants (c'est notamment le cas des contrats de consommation, généralement contrats d'adhésion, dont le contenu n'est pas négociable). Dans d'autres hypothèses, les pourparlers sont un temps imposés par l'idée de rapprochement des parties et de discussions sur les termes futurs de l'accord. La phase précontractuelle peut alors prendre des atours complexes et indéterminés (projets, échanges, propositions informelles et incomplètes, etc.). Le régime juridique qui s'applique aux pourparlers est malgré tout simple : la liberté contractuelle implique la liberté pendant la

phase précontractuelle (A), tandis que des limites comportementales sont imposées par le juge et la loi (B).

A) La liberté précontractuelle régissant les pourparlers

Les pourparlers sont d'abord des abouchements ; ce sont éventuellement des conférences ou encore de véritables discussions menées par toutes voies, tous moyens utiles de communication.

D'un point de vue normatif comme substantiel, l'ancien article 1134 du Code civil (art. 1103 nouveau C. civ.) apparente le contrat à une loi. Ce dont on a déduit, par une sorte d'*a contrario* implicite, qu'avant le contrat il n'y avait pas de loi et donc pas de droit. En 1901, Saleilles l'a expliqué et justifié : dans le silence de la loi, le comportement des parties, lors des pourparlers, est placé sous l'égide de la liberté contractuelle. En vertu de ce principe, il est possible de mettre un terme aux pourparlers à tout moment. Plus d'un siècle plus tard, cette démonstration a convaincu non seulement le juge mais également le législateur, ce dont témoigne la réforme du droit des contrats. Le déroulement de la phase précontractuelle est marqué par une grande liberté des parties. Précisément, la liberté contractuelle joue pleinement pendant la phase des pourparlers. La liberté ainsi offerte s'oppose par nature et par essence à tout engagement des parties : les pourparlers n'obligent pas les participants. Il ne naît en l'état aucun rapport de droit entre les parties en discussion, ni par l'effet de la loi ni en raison des négociations elles-mêmes. Ainsi, une jurisprudence constante considère que l'invitation à entrer en pourparlers ne constitue, en réalité, pas une offre, encore moins un engagement contractuel (Civ. 11 mars 1928). A la différence de l'offre, qui peut être acceptée telle quelle, l'invitation à entrer en pourparlers n'est pas susceptible d'une acceptation nouant le contrat. Tandis que l'article 1102 alinéa 1^{er} nouveau dispose « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* », l'article 1112 alinéa 1^{er} prévoit *in limine* que « *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres* ».

Nul n'est contraint à entrer en pourparlers avec une personne qui en ferait la demande. Chacun est libre d'entrer en pourparlers ou de refuser les discussions en droit commun. C'est le sens du nouvel article 1112 du Code civil, lequel prévoit que l'initiative d'entrer en pourparlers est libre. Il existe pourtant des limites dans d'autres domaines du droit. Ainsi, en droit de la consommation, l'article L. 121-11 du Code de la consommation prohibe le refus de vente au consommateur. Si une telle interdiction n'existe pas dans les relations entre professionnels, il est parfois imposé aux professionnels de maintenir des relations ou de nouer de nouvelles conventions avec d'anciens partenaires, au titre de la sanction de la rupture brutale des relations commerciales établies (article L. 442-6 du Code de commerce). Au surplus, la liberté contractuelle implique non seulement le droit de contracter, mais également celui de ne pas contracter. Les pourparlers peuvent donc être librement rompus, sans préjudice pour l'autre partie, puisqu'elles ne sont pas encore liées par un contrat. Le principe est donc la liberté de contracter ou de ne pas contracter, malgré l'existence de négociations. Il n'existe donc pas d'obligation de conclure un contrat ni de droit à la conclusion du contrat. Cette libre rupture peut donc en principe intervenir à tout moment, sur décision unilatérale de l'une des parties. Ainsi, la rupture n'est pas *per se* source de responsabilité.

Les deux autres composantes de la liberté contractuelle que sont le droit de définir le contenu de la convention et le droit de choisir son cocontractant trouvent également pleinement à s'exprimer dans la phase des pourparlers. A ce titre, le libre choix du cocontractant implique

la possibilité de mener des négociations avec plusieurs cocontractants potentiels pour finalement choisir celui qui correspond le mieux à la relation contractuelle envisagée (Com. 4 novembre 2008, affaire dite des « *Folies bergères* »).

B) Les limites à la liberté précontractuelle

Le principe de liberté contractuelle posé ; reste à en déterminer les limites, au premier rang desquelles se trouvent la responsabilité extra-contractuelle (1). En outre, le législateur a consacré l'idée prétorienne d'une obligation générale précontractuelle d'information (2).

1) La responsabilité comme limite à la liberté contractuelle

La période des pourparlers est une période de « *liberté contrôlée* » (X. Lagarde, « *Transaction et ordre public* », D. 2000, p. 217) ou encore de « *liberté surveillée* » (D. Mazeaud, « *La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée* », Dr. et patr. 1996/7-8, p. 44). Cette idée est désormais reprise à l'article 1112 alinéa 1^{er} du Code civil, ici cité *in extenso* : « *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». Ainsi, au travers de l'obligation de bonne foi ou encore de l'abus de droit, la Haute juridiction a construit un régime de contrôle des comportements des négociants. Ce régime a fait l'objet d'un contentieux abondant, d'un côté, relatif à la menée des pourparlers et, de l'autre, à la rupture des pourparlers.

Quant à la menée des pourparlers, sur le fondement de l'article 1240 du Code civil (ancien 1382) et du principe d'interdiction générale de nuire à autrui que ce texte fonde, la Cour de cassation impose aux protagonistes de se conformer à l'obligation de bonne foi, se comporter de manière loyale, ce qui peut impliquer notamment de se fournir toutes informations utiles pour la bonne suite des négociations et la perspective de conclure le contrat. A défaut, celui qui négocie de manière déloyale engage sa responsabilité extracontractuelle.

Quant à la rupture des pourparlers, le principe est clair : les négociations peuvent être librement rompues, sans préjudice pour l'autre partie, puisqu'elles ne sont pas encore liées par un contrat. Ce n'est que si ce droit est utilisé à mauvais escient que l'auteur de la rupture pourra voir sa responsabilité engagée. En conséquence, si une partie rompt brutalement (par exemple, par un simple coup de téléphone) des pourparlers avancés, en n'ignorant pas que son partenaire a engagé des frais, elle commet une faute qui engage sa responsabilité (Com. 22 avril 1997). Encore, les juges décident que « *en rompant brutalement les négociations, sans aucun grief ni respect d'un préavis, alors que le marché était sur le point d'être signé et le démarrage des travaux de l'entreprise annoncé comme imminent, la SCI maître d'ouvrage avait commis une faute envers une entreprise qui s'était particulièrement investie dans son projet immobilier* » (Civ. 3^{ème}, 30 novembre 2017).

Comme cette responsabilité naît au cours des négociations préalables au contrat, elle est donc délictuelle, fondée sur l'article 1240 du Code civil. Il appartient alors à la victime de prouver la faute, le préjudice et le lien de causalité ; cependant, il semble, en la matière, que le juge apprécie ensemble, préjudice et lien de causalité. A noter tout de même que le principe étant la libre rupture des pourparlers, il n'existe pas, à la charge de l'auteur de la rupture, une quelconque obligation de motivation. C'est ce que rappellent les hauts conseillers dans deux arrêts de 2012, malgré une certaine pression doctrinale. Portée par certains auteurs (les tenants du solidarisme contractuel) et quelques praticiens, l'idée d'une obligation de motivation dans la rupture des pourparlers a plusieurs fois germé dans les esprits. Comme le souligne Olivier Deshayes, « *un nombre croissant de plaideurs tente de faire admettre par la*

Cour de cassation qu'est abusive toute rupture des pourparlers intervenue en l'absence de motif légitime. Ils en déduisent que doivent être cassées pour manque de base légale les décisions des juges du fond qui dénie l'existence d'une faute dans la rupture des négociations sans avoir recherché si la rupture était justifiée par des motifs légitimes » (O. Deshayes, « *La faute dans la rupture des pourparlers peut-elle résulter de l'absence de motifs ?* », RDC 2013/, p. 545). Cependant, la Cour de cassation n'a heureusement jamais consacré une telle conception qui serait par nature limitative de la liberté contractuelle. En témoignent les deux arrêts Civ. 3^{ème}, 18 décembre 2012 et Civ. 1^{ère}, 20 décembre 2012. L'arrêt de la première chambre civile, en date du 20 décembre 2012, retient tout particulièrement l'attention, car il contient une formule générale, par ailleurs inédite. Selon cette chambre, une cour d'appel peut, « *sans avoir à en rechercher les motifs, décider que la rupture des pourparlers, pour subite ou déceptive qu'elle ait pu être, n'était pas abusive de la part de [la société négociatrice] qui n'avait fait qu'user de la liberté qu'elle avait, à ce stade des négociations, de ne pas contracter* ». L'arrêt de la troisième chambre civile porte la même idée. Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation se fonde sur le faisceau d'indices relevés par les juges du fond, indiquant que les pourparlers n'étaient pas avancés : « *les échanges entre les parties étaient très peu avancés, (...) les frais qui avaient pu être engagés étaient très limités, (...) l'architecte ne justifiait pas avoir effectué les simulations financières demandées (...) ni avoir envoyé postérieurement des documents* ».

Au principal, l'arrêt « *Manoukian* » de la chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé le 26 novembre 2003 la portée du droit unilatéral de rupture des pourparlers précontractuels, consacré par la Cour de cassation depuis le début du XX^{ème} siècle. Ce n'est pas le principe même de la rupture qui est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur, mais bien les modalités dans lesquelles elle se déroule. Bien que la rupture abusive des pourparlers ait pour conséquence d'engager la responsabilité de son auteur, celui-ci ne peut être condamné à réparer la perte de chance de conclure le contrat. C'est notamment ce qu'a pu affirmer un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 28 juin 2006 qui dispose « *qu'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* » (Civ. 3^{ème}, 28 juin 2006). Semble se dégager une ligne directrice en matière de rupture des pourparlers, dessinée par Libchaber, s'essayant à une synthèse de la jurisprudence en la matière : les juges ont tendance à voir « *d'avantage la formation du contrat comme un continuum* », dès lors, ils considèrent que « *plus les pourparlers gagnent en précision, plus s'accroît la perspective d'aboutir au contrat* », ce qui ferait de la perte de la chance de conclure le contrat la clé de toutes les difficultés se produisant pendant la période précontractuelle. C'est ainsi que la Cour de cassation entérine de manière définitive que se trouve exclue du préjudice indemnisable, la perte de chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat. Comme le souligne Loiseau, les hauts conseillers ont coutume de justifier cette exclusion par la considération que la faute commise dans la rupture des pourparlers n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains escomptés du contrat à conclure. Encore, on peut considérer également que le profit attendu de l'exécution d'un contrat est aléatoire, dès lors les gains espérés de l'acte constituent un préjudice hypothétique ou du moins éventuel, non réparable (Com. 18 septembre 2012). Dans tous les cas, le préjudice de perte de chance ne sera pas réparé. Ces solutions prétoriques constituent désormais un principe inscrit dans le marbre du Code civil, à l'article 1112 alinéa 2, lequel dispose « *En cas de faute commise dans les négociations, la*

réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages ».

2) L'obligation d'information précontractuelle

La lutte contre les déséquilibres en matière contractuelle et la protection de la partie faible commencent avant même le contrat. La responsabilité de celui qui s'est comporté de mauvaise foi constitue le volet répressif de cette lutte. Le juge, suivi en cela par le législateur, est allé plus avant en introduisant une forme de mécanisme de correction par prévention : une obligation d'information dont est débiteur la partie qui sait et créancière la partie qui ignore.

Le nouvel article 1112-1 du Code civil est ainsi remarquable en tout point, raison pour laquelle il sera cité dans son intégralité : *« Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.*

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et s. ».

L'intérêt du nouvel article 1112-1 du Code civil est indéniable en ce qu'il érige une obligation légale d'information précontractuelle d'ordre général ; inspirée de son modèle dans le Code de la consommation, cette disposition consacre enfin, selon les vœux de la jurisprudence, un instrument de correction des déséquilibres intellectuels. Son importance est soulignée par le législateur lui-même puisqu'il s'agit de l'une des rares dispositions du nouveau droit des contrats qui soit d'ordre public : les parties ne peuvent en effet ni limiter ni exclure ce devoir. Toute clause contraire encourt la nullité. Il s'agit d'une obligation générale qui peut donc porter sur tout élément susceptible d'être déterminant du consentement de l'autre partie. Le texte est porteur de sécurité juridique, dès lors que les rédacteurs de l'ordonnance ont pris le soin de déterminer ce qu'il faut entendre par « information essentielle » : il s'agit des informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat. L'intensité et la portée de cette obligation dépendront des circonstances et sans doute, de la qualité des parties, d'où la référence à l'ignorance légitime de l'une des parties.

Malgré la généralité de l'obligation, le devoir d'information est exclu s'agissant de la valeur de la prestation, ce qui permet en apparence de consacrer la jurisprudence Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, *Baldus*. L'affirmation est corroborée par la réécriture de l'article 1137 par la loi du 20 avril 2018 (ce texte dispose désormais en son alinéa 3 que « *Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation* ».)

Enfin, le non-respect de l'obligation d'information peut être doublement sanctionné : d'un côté, par la responsabilité du débiteur défaillant (une responsabilité dont on ne sait de manière définitive si elle est autonome ou si elle nécessite la preuve d'un dol – cette exigence

étant relevée par la doctrine majoritaire – ce qui devra être confirmé par la Cour de cassation). De l'autre, si les conditions en sont remplies (et ici, il n'y a point de doute), par la nullité des conventions consécutive à la caractérisation des vices du consentement (art. 1130 et s.). Il est naturel de penser à la nullité en suite de la caractérisation d'une réticence dolosive (art. 1137 al. 2). En effet, il est constant, en vertu de l'article 1112-1 *in fine* du Code Civil que le manquement à un devoir d'information précontractuel n'est pas, en soi, une cause de nullité du contrat.

Pour conclure, le législateur a pris le soin de régler la question de la preuve de l'exécution ou de l'inexécution de l'obligation d'information : si le texte prévoit que c'est à celui qui prétend que l'information lui est dû de démontrer effectivement l'existence de sa créance, il appartient, cette obligation établie, au débiteur de prouver son exécution.

§2) Les avant-contrats

Quel est le meilleur instrument de sécurisation juridique, pour le présent et pour l'avenir, d'une situation factuelle ? La réponse est évidente : le contrat. Le recours aux avant-contrats pour sécuriser la période précontractuelle s'est imposé comme une évidence dans la vie des affaires dès la fin du XIX^{ème} siècle et depuis lors. Deux types de conventions d'inégales importances tant pratiques que juridiques sont donc susceptibles d'être conclues au cours de la phase précontractuelle. D'un côté, les parties peuvent entendre normer leurs discussions afin de ne pas s'exposer au risque d'une trop grande liberté comportementale ; elles vont donc conclure des accords de négociation, lesquels peuvent déterminer un calendrier des discussions, imposer des obligations de confidentialité (confidentialité aujourd'hui disposée en principe par le Code civil de 2016, art. 1112-2 C. civ.), d'information (plus précise et plus prononcés que l'obligation générale de l'article 1112-1 C. civ.), d'exclusivité, *etc.* Il s'agit d'accords de négociation dont le régime juridique est commun à tous les contrats. De l'autre, les parties peuvent entendre poser les termes du contrat définitif dans une convention préalable à sa conclusion : ce sont de véritables contrats, soumis à toutes les conditions de formation des contrats et assortis de tous les effets des contrats. Ils ne sont pas recherchés pour eux-mêmes mais dans la perspective de contrats futurs. Il s'agit des avant-contrats, que sont le pacte de préférence (**A**), la promesse unilatérale de contracter (**B**) et la promesse synallagmatique de contracter (**C**).

A) Le pacte de préférence

A l'instar de la promesse unilatérale de contracter, le pacte de préférence est une création de la pratique aux fins de sécuriser la période précontractuelle. C'est dans le domaine des affaires, et particulièrement en droit des sociétés (dans les sociétés, la conclusion de pacte de préférence constitue un moyen de contrôler la géographie – détention et répartition – du capital social), que le pacte de préférence trouve son expression pratique la plus évidente encore aujourd'hui. S'il s'agit donc d'un instrument classique et connu, la qualification (**1**) et le régime (**2**) du pacte de préférence sont l'objet d'un contentieux toujours abondant.

1) Qualification du pacte de préférence

Issu de la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016, le nouvel article 1123 définit le pacte de préférence en son alinéa 1^{er} : « *Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter* ». Le plus souvent, le pacte de préférence intervient à propos d'une vente : le propriétaire d'un bien promet de le proposer en priorité au

bénéficiaire du pacte de préférence le jour où il se décidera à vendre. Le promettant n'est pas obligé d'offrir le bien à la vente, mais s'il se décide à le faire, il devra d'abord le proposer au bénéficiaire. La préférence ou priorité constitue donc l'obligation essentielle du promettant. La particularité du pacte de préférence est qu'il se forme avant même qu'une offre ait été faite. En dehors d'un pacte de préférence, une personne est libre d'adresser l'offre qu'elle ferait, à qui bon lui semble ; le pacte de préférence est donc une limite conventionnelle au droit de choisir son cocontractant.

S'agissant de la validité du pacte de préférence, il n'y a pas de condition spécifique sinon les conditions classiques de validité des contrats, notamment concernant l'objet et le contenu de la convention. A ce titre, la nature du contrat définitif et son objet doivent clairement être précisés dans l'avant-contrat. Encore, il est légitime de se demander si le pacte doit nécessairement déterminer le prix du bien, objet du contrat définitif. La Cour de cassation a répondu à cette interrogation en décidant qu' *« il n'est pas dans la nature du pacte de préférence de prédéterminer le prix du contrat envisagé et qui ne sera conclu, ultérieurement, que s'il advient que le promettant en décide ainsi »* (Civ. 1^{ère}, 6 juin 2001). Autrement dit, la détermination par avance du prix n'est pas une condition de validité du pacte (Civ. 3^{ème}, 15 janvier 2003). Cependant, dans le cas où les parties en décideraient autrement et choisiraient d'insérer une clause de prix (ce qui est le cas le plus souvent en pratique), les juges décident alors que le prix constitue un élément déterminant de l'accord. En pareille hypothèse, les règles du droit commun comme du droit spécial relatives au prix doivent trouver à s'appliquer. Ainsi, la Cour de cassation décide que les articles 1591 et 1592 du Code civil, relatifs à la détermination du prix dans le contrat de vente, trouvent à s'appliquer. En ce cas, et uniquement dans celui-ci, le pacte de préférence, qui prévoit des critères insuffisamment définis quant à la fixation du prix de la vente, doit être annulé (Com. 6 novembre 2012 ; Com. 5 janvier 2016).

2) Régime du pacte de préférence

Bien qu'il s'agisse d'un instrument connu, la question du régime du pacte de préférence et plus particulièrement celle de son inexécution n'ont été définitivement réglées par le juge et le législateur qu'au XXI^{ème} siècle. Les litiges relatifs à l'inexécution du pacte concernent pour l'essentiel une situation donnée : le promettant vend le bien objet du pacte à un tiers sans en avoir préalablement proposé l'acquisition au bénéficiaire du pacte. Le plus souvent, la raison de l'attitude fautive du promettant se conçoit aisément : le tiers lui propose un prix supérieur à celui qui se trouve dans le pacte. Que peut faire le bénéficiaire qui entend tout de même se porter acquéreur du bien ?

Dans un premier temps, la solution est intervenue par l'intervention du juge venu clore un contentieux abondant : dans l'important arrêt ch. mixte, 26 mai 2006, les hauts conseillers décident 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 »*. Ce principe prétorien apporte donc deux solutions au litige, la nullité et la substitution, qui vont profiter au bénéficiaire lésé à la condition qu'il rapporte la preuve de la réunion de deux conditions cumulatives : la connaissance du pacte par le tiers et la connaissance toujours de ce dernier de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir. Une solution élégante et équilibrée qui a été pourtant beaucoup critiquée.

Le contexte dans lequel a été rendue la solution doit être précisée : depuis la fin du XX^{ème} siècle, la jurisprudence de la Haute juridiction en matière d'avant-contrats est critiquée par la doctrine et la pratique. C'est ainsi que de nombreux auteurs et praticiens reprochent à la Cour régulatrice son manque de sévérité en la matière à l'égard des promettants défaillants. Selon eux, la jurisprudence prive d'efficacité les avant-contrats et participe à nier la sécurité juridique que ces mécanismes contractuels sont sensés participer à instaurer en liant fermement les promettants. Certains auraient souhaité une action en exécution forcée du pacte sans autre considération que la preuve de son existence, mais au nom du principe de l'autonomie de la volonté, la Cour régulatrice s'est toujours refusée à aller jusque-là (Civ. 3^{ème}, 30 avril 1997). Dans ce contexte si particulier, la décision rendue en chambre mixte le 26 mai 2006 aurait dû logiquement être saluée, puisqu'il n'y a pas de sanction plus sévère que la nullité de la convention conclue en violation du pacte et parce qu'il n'y a pas de sanction plus efficace que la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers acquéreur. Mais, selon les auteurs, le principe posé par la Cour de cassation ne renforce qu'en apparence l'obligatorité et l'efficacité des pactes de préférences car les conditions posées pour que les sanctions soient judiciairement remplies sont bien trop exigeantes. En effet, selon la doctrine civiliste, il est quasi-impossible que le bénéficiaire puisse effectivement rapporter la preuve de la collusion du tiers et particulièrement la preuve que ce dernier avait connaissance de la volonté du bénéficiaire de se prévaloir du pacte. Cette critique n'est pas totalement dénuée de sens et, pourtant, elle doit être relativisée et combattue.

Déjà par un arrêt de principe rendu en 1902 (Req. 15 avril 1902, jurisprudence constante depuis), il est établi que la fraude entre le promettant et le tiers-acquéreur conduit à la nullité du contrat conclu entre eux en violation des droits du bénéficiaire (ce qui est parfaitement logique puisqu'il s'agit d'une application classique de l'adage *Fraus omnia corrumpit*). Or, les deux conditions de la fraude sont intangibles : la connaissance de l'existence du droit et la conscience de léser le détenteur du droit. Il n'en est pas autrement dans la jurisprudence de la Cour de cassation depuis 1902, et dans l'arrêt ch. mixte, 26 mai 2006. L'argument doctrinal d'un affaiblissement de l'obligatorité du pacte de préférence au travers de la double exigence formulée par les juges en 2006 n'a donc guère de sens. De plus, il est heureux que la fraude soit difficile à caractériser – il en va de la sécurité juridique des conventions et de la confiance légitime en l'obligatorité conventionnelle – afin que ne soit pas trop aisément remis en cause un contrat tel que la vente. Rappelons que l'adage *Fraus omnia corrumpit* permet au juge de prononcer la nullité d'un acte juridique sans fondement textuel prévoyant effectivement cette nullité (et ce, malgré le principe selon lequel « *point de nullité sans texte* »). Bref, la double exigence n'est pas nouvelle et, bien que la preuve de la réunion de ces conditions soit difficile à rapporter, elle n'en est pas moins justifiée.

Ce n'est pas le seul argument que l'on peut avancer pour éteindre la critique : il est vrai que les deux conditions sont rarement réunies lorsque le bénéficiaire et le tiers-acquéreur ne se connaissent pas (V. néanmoins, Civ. 3^{ème}, 14 février 2007), comme il est exact de considérer spécifiquement en matière immobilière, qu'ils ne se connaissent quasiment jamais. Ainsi, certains auteurs clament qu'il s'agirait d'une exigence diabolique du point de vue de la preuve, car le demandeur ne serait jamais en mesure de réunir la preuve de ces deux conditions. Et ce mouvement contestataire perdure (P.-Y. Gautier, note sous Civ. 3^{ème}, 4 mars 2021, RTD civ. 2021, p. 663) mais à nouveau la question n'est abordée que sous un angle restrictif, celui de la matière immobilière.

C'est oublier que le pacte de préférence a d'abord été conçu pour la vie des affaires, qu'il reste pertinent et efficace dans ces domaines, en droit de la distribution (dans les réseaux de distribution, les différents acteurs économiques sont reliés les uns aux autres) ou encore en droit des sociétés (le bénéficiaire et le tiers acquéreur peuvent être tout simplement associés de la même société, celle dont les titres sont cédés par le promettant, etc.). Autrement dit, ce n'est pas le régime du pacte de préférence qui pose difficulté ou qui manquerait d'efficacité, c'est l'utilisation même du pacte de préférence dans des domaines peu adaptés qui est source de difficultés (la matière immobilière est bien mieux sécurisée par le traditionnel compromis de vente).

Dans un second temps, c'est donc le législateur qui est venu, à peu de choses près, entériner la solution prétorienne de 2006, ce dont témoigne le nouvel article 1123 du Code civil. On a pu craindre à la lecture du projet d'ordonnance de novembre 2014, que le législateur, trop à l'écoute des sirènes de la doctrine, brise la jurisprudence de 2006 (notamment en abandonnant l'exigence de la connaissance par le tiers de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir). Mais, le texte final, celui de l'ordonnance de 2016, est resté globalement fidèle à la position des juges. L'article 1123 alinéa 2 dispose ainsi que « *Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu* ». L'on observe alors que la principale différence entre la solution rendue en 2006 et le texte issu de la réforme se situe sur le terrain des sanctions : la nullité et la substitution sont des sanctions alternatives et non cumulatives, ce qui semble plus cohérent.

Pour conclure sur le pacte de préférence, sera soulignée l'action interrogatoire des alinéas 3 et 4 de l'article 1123 du code, applicable à tous les contrats (antérieurs comme postérieurs à la réforme à compter du 1^{er} octobre 2016) et qui permet à celui – un tiers – qui a connaissance du pacte et qui entend contracter avec le promettant de sécuriser sa position en interrogeant le bénéficiaire du pacte sur ses intentions quant à la conclusion du contrat définitif.

B) La promesse unilatérale de contracter

Au contraire de sa grande sœur – la promesse synallagmatique –, la promesse unilatérale de contracter n'a longtemps fait l'objet d'aucune disposition légale. Le droit de la promesse unilatérale de contracter – sa qualification (1) comme son régime (2) – est longtemps resté le fruit d'une jurisprudence avertie et pourtant critiquée.

1) Qualification de la promesse unilatérale

L'article 1124 alinéa 1^{er} du Code civil prévoit que « *La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ». Les plus courantes sont les promesses unilatérales de vente. Une promesse unilatérale de vente est un accord de volontés par lequel une personne s'engage immédiatement envers une autre à lui vendre un bien à des conditions déterminées. Le bénéficiaire de cet engagement est alors investi d'un droit d'option pendant un délai donné, lui offrant le choix soit de ne pas conclure le contrat envisagé en laissant passer le délai, soit de le conclure en levant l'option dans le délai convenu. La promesse de vente est un contrat : il y a bien une offre et une acceptation, qu'il ne faut pas confondre avec la levée d'option qui n'intervient qu'une fois le contrat conclu. Il s'agit d'un

contrat unilatéral puisque seul le promettant est engagé ; le bénéficiaire, quant à lui, reste libre de lever ou non l'option.

Malgré l'apparente évidence, il n'est pas toujours aisé de distinguer promesse unilatérale et offre, notamment faite à personne déterminée : l'offre est un engagement unilatéral quand la promesse est un contrat ; ce qui implique que pour les distinguer, il convient de se rappeler que, dans le cadre d'une promesse, le promettant et le bénéficiaire se sont entendus et ont créé une convention tandis que, dans le cadre d'une offre, il n'y a eu aucune manifestation de volonté du destinataire de l'offre (V. Soc. 21 septembre 2017, relatif à la distinction entre l'offre d'embauche et la promesse d'embauche : « *l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ; que* » et que « *en revanche, que la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ; que la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis* »).

Pour conclure sur la validité des promesses unilatérales, l'article 1589 alinéa 2 du Code civil prévoit que « *Est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, (...), si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire* ». Autrement dit, dans les cas visés par ce texte, il existe un formalisme *ad validitatem* de la promesse unilatérale.

2) Régime de la promesse unilatérale

Les difficultés en la matière concernent deux questions distinctes et d'inégales importance : l'une relative à la révocation fautive de son engagement par le promettant ; l'autre relative à la violation de son engagement par le promettant qui conclut le contrat définitif avec un tiers.

La question de la rétractation ou révocation du promettant est une question particulièrement complexe parce qu'elle a été l'objet de l'une des plus importantes controverses des trente dernières années et, cette question a encore connu plusieurs actualités en 2021.

Pour rappel, la plupart des promesses unilatérales de vente sont des conventions à durée déterminée, dans lesquelles le droit d'option du bénéficiaire est enfermé dans un délai stipulé. Or, se pose la question de la sanction du promettant qui a rétracté son engagement avant le terme du délai d'option. Assurément, il s'agit d'une inexécution contractuelle. Jusqu'en 1993, les solutions prétoriennes n'étaient pas uniformes : certaines prévoyaient que la seule sanction pouvait être la responsabilité du promettant quand la plupart des décisions allaient dans le sens d'une exécution forcée de la promesse, conduisant à obliger le promettant à conclure le contrat définitif avec le bénéficiaire qui avait levé l'option nonobstant la rétractation du promettant. Face aux incertitudes en la matière, la Haute juridiction a définitivement renoncé à toute idée de réalisation forcée de la vente définitive : dans un arrêt *Consorts Cruz* de 1993, la Haute juridiction a affirmé qu'en application de l'article 1142 du Code civil, le promettant n'étant tenu que d'une obligation de faire et non d'une obligation de

donner, l'inexécution de son engagement ne peut se résoudre que par des dommages-intérêts (Civ. 3^{ème}, 15 décembre 1993, *Consorts Cruz* ; Civ. 3^{ème}, 28 octobre 2003).

A la suite de l'arrêt de 1993, la pratique et la doctrine se sont alliées pour critiquer une solution prétorienne conduisant à nier l'obligatorité de la promesse unilatérale de vente, puisque les dommages-intérêts en cause sont nécessairement faibles, eu égard au préjudice subi (le plus souvent uniquement moral). En outre, la conséquence d'une telle solution était que le bénéficiaire de la promesse n'avait pas davantage de droit que le destinataire d'une offre, paradoxe évident quand on se rappelle que la promesse a pour but de sécuriser une situation juridique au-delà de simples pourparlers et d'une simple pollicitation. La doctrine a ainsi milité pour un nouveau revirement de jurisprudence, multipliant les arguments et saillies en ce sens. Il n'a pas eu lieu quand bien même la Cour de cassation a été sensible à certains de ces arguments avancés : les hauts conseillers avaient ainsi, semble-t-il, abandonné le fondement de l'article 1142 du Code civil, admettant finalement que le promettant n'est pas tenu d'une simple obligation de faire ou de ne pas faire. Pour autant, si le fondement a évolué, la sanction est demeurée : en 2011, la Cour régulatrice décide, au visa des anciens articles 1101 et 1134 (nouvel article 1103) du Code civil, que « *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* » (Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011).

Le raisonnement de la Cour de cassation tenu en 2011 n'apportait guère, il est vrai, à l'efficacité de la promesse unilatérale ; cependant, les hauts conseillers se considéraient liés par les principes du consensualisme et de l'autonomie de la volonté : si le promettant retire son engagement (même de manière fautive), au moment de la levée d'option, la volonté du bénéficiaire ne peut avoir rencontré celle du promettant ; et le contrat définitif n'a pas été formé. La jurisprudence postérieure est restée sur cette ligne malgré les nouvelles objections doctrinales (Civ. 3^{ème}, 12 juin 2013 ; Civ. 3^{ème}, 13 juillet 2017 ; V. néanmoins, le cas particulier de la promesse unilatérale d'embauche, Soc. 21 septembre 2017).

La solution ne satisfaisait évidemment ni la pratique ni la doctrine. Pour que s'opère le changement, il a fallu l'intervention du législateur sous la forme d'un bris de jurisprudence retentissant pour que le raisonnement pourtant rigoureux des juges soit abandonné et que la sanction évolue. Issu de la réforme du droit des contrats en 2016, l'article 1124 alinéa 2 du Code civil dispose que « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* ». L'entorse au principe de l'autonomie de la volonté au nom de l'efficacité contractuelle est prégnante : n'est retenue que la volonté déclarée du promettant au moment de la conclusion de la promesse et non sa volonté réelle au moment de la conclusion du contrat définitif.

L'on aurait pu en rester là, mais c'était sans compter la volonté de la Cour de cassation d'en terminer avec une inégalité de fait instaurée par l'évolution du droit (inégalité situationnelle et juridique entre le bénéficiaire déçu d'une promesse conclue antérieurement à la réforme et le bénéficiaire d'une promesse postérieure). Le mouvement est original voire moderne, puisque la Haute juridiction de l'ordre judiciaire a récemment opéré un nouveau et radical revirement de jurisprudence, revenant sur la jurisprudence *Consorts Cruz* de 1993 en son entier, balayant au passage dans les méandres de l'oubli l'arrêt de 2011. Dans un arrêt du 23 juin 2021, la Cour de cassation a décidé, à propos d'une promesse conclue en 2010, que « *la rétractation du promettant ne constitue pas une circonstance propre à empêcher la formation de la vente, [dès lors] les consentements de parties se sont rencontrés lors de la levée de*

l'option par les bénéficiaires et la vente est parfaite » (Civ. 3^{ème}, 23 juin 2021). Selon les hauts conseillers, l'ancien article 1142 du Code civil n'était pas d'ordre public. Partant, si, en principe, l'inexécution des obligations de faire et de ne pas faire devait se résoudre par des dommages-intérêts, certains cas d'inexécution de telles obligations pouvaient être sanctionnés par l'exécution forcée de la convention dès lors que celle-ci était possible (Civ. 1^{ère}, 16 janvier 2007). *A posteriori*, il semble donc logique pour les juges de considérer que c'est le cas des promesses unilatérales de vente en cas de rétractation du promettant. Bref, la solution d'une impossible (ou inutile ou inopposable) rétractation du promettant sauf stipulation contraire semble cette-fois ci logiquement définitive puisque la Cour de cassation a déjà réitéré sa nouvelle solution (Civ. 3^{ème}, 20 octobre 2021).

Reste à envisager, comme en matière de pacte de préférence, l'hypothèse dans laquelle le promettant conclut le contrat définitif non avec le bénéficiaire de la promesse mais avec un tiers. Que peut alors faire le bénéficiaire ? La solution se trouve dans l'article 1124 alinéa 3 du Code civil aux termes duquel « *Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* ». Autrement dit, la nullité est encourue pour mauvaise foi de la part du tiers acquéreur ; la nullité est donc étonnamment simple à obtenir puisque, contrairement au bénéficiaire lésé d'un pacte de préférence qui doit non seulement apporter la preuve de la connaissance par le tiers de l'existence du pacte mais aussi la preuve de la connaissance par le tiers de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir (ch. mixte, 26 mai 2006 ; art. 1123 al. 2 C. civ.), le bénéficiaire lésé de la promesse unilatérale n'a l'obligation que de rapporter la preuve de la connaissance de la promesse par le tiers. La différence peut s'expliquer par l'idée que l'intensité de l'engagement du promettant dans le cadre de la promesse unilatérale de vente est plus importante que celle du promettant dans le cadre du pacte de préférence (il est vrai que, dans le premier cas, le promettant est tenu de vendre si l'option est levée, alors que dans le second cas, il n'a nullement une telle obligation). L'argument ne convainc pas définitivement mais il peut être entendu, en ce sens où l'ensemble des solutions désormais portées par l'article 1124 du Code civil renforce l'obligatorité de la promesse unilatérale, sans pour autant lui donner l'efficacité de la promesse synallagmatique.

C) La promesse synallagmatique de contracter

Premier avant-contrat connu (la promesse réciproque était connue en droit romain, et constitue l'un des rares mécanismes contractuels complexes à avoir résisté à la déshérence du droit civil au cours du Moyen-Age), la promesse synallagmatique de contracter est surtout employé comme base du compromis de vente immobilière. Sa qualification demeure imprécise dans le Code (1), quand son régime est lui des plus mécaniques en raison de l'effet de la loi (2).

1) Qualification de la promesse synallagmatique

C'est à propos de la promesse synallagmatique que Demolombe a affirmé que « *Faire des promesses engage au-delà de la simple parole. C'est s'engager pour le présent, mais aussi pour l'avenir* » (Demolombe, *Cours de droit civil*, 1845). La promesse synallagmatique de contracter n'a pas eu les honneurs de la réforme du droit des contrats ; d'où une situation normative absurde : le plus ancien avant-contrat n'est pas défini dans le Code civil et n'est pas présent dans les nouvelles dispositions du droit commun des contrats, tandis que ses deux formes dérivées (le pacte de préférence et la promesse unilatérale sont clairement définis et eux présents dans le droit commun de la phase précontractuelle). Si la définition ne peut donc

être trouvée dans la loi, elle n'en est pas moins connue : la promesse synallagmatique de contrat est une convention par laquelle les parties s'accordent déjà sur le contrat définitif qui les intéresse, mais qui, malgré cet accord, n'est pas encore ce contrat définitif, car des éléments extérieurs aux parties doivent encore être vérifiés (droits de préemption, certificats divers liés aux obligations d'information du vendeur, obtention du prêt de l'acheteur, ce dernier élément faisant souvent l'objet d'une condition suspensive, etc.). L'exemple le plus fréquent est la promesse synallagmatique de vente ; en matière immobilière, la pratique notariale la désigne compromis de vente.

La qualification de la promesse synallagmatique repose au premier chef sur l'écrit et la volonté exprimée par les parties. Cependant, en pratique, est né un contentieux spécifique de la requalification d'une promesse unilatérale en promesse synallagmatique. L'hypothèse est la suivante : dans le cadre de la conclusion d'une promesse unilatérale, le bénéficiaire peut être conventionnellement tenu d'une indemnité d'immobilisation pour le cas où il ne lèverait pas l'option. En principe, l'indemnité ne menace pas la qualification d'une promesse unilatérale pour deux raisons : d'une part, le paiement de l'indemnité n'est dû qu'en cas de refus de l'offre, s'il ne lève pas l'option ; d'autre part, dès lors que le montant de l'indemnité est fixé par avance, le bénéficiaire peut maîtriser les conséquences de son choix, choix qui demeure libre. Demeure que, par exception, la requalification judiciaire est envisageable. Ainsi, la Cour de cassation décide, dans un arrêt Civ. 3^{ème}, 26 septembre 2002 que « *Ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui requalifie la promesse unilatérale de vente en contrat synallagmatique, sans relever que la promesse de vente était assortie d'une indemnité d'immobilisation si importante par rapport au prix de vente qu'elle privait le bénéficiaire de sa liberté d'acheter ou de ne pas acheter* » ; *a contrario*, il y aura requalification d'une promesse unilatérale en promesse synallagmatique dès lors que l'indemnité d'immobilisation est particulièrement conséquente par rapport au prix de la chose et à la capacité financière du bénéficiaire.

2) Régime de la promesse synallagmatique

L'emblématique article 1589 du Code civil, lequel demeure dans sa rédaction initiale depuis 1804, dispose que « *La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix* ». Concrètement, aucune des deux parties ne peut se rétracter valablement. Si l'une d'elles ne voulait pas réaliser la vente définitive, l'autre pourrait obtenir en justice une décision valant titre de propriété. En effet, la promesse synallagmatique de contrat, en tant qu'elle vaut déjà contrat définitif, est susceptible d'exécution forcée.

Cependant, les choses peuvent en pratique être plus complexes ; la volonté des parties se disputant à l'effet de la loi. En pratique, le plus souvent en matière immobilière, il est courant que les parties concluent la promesse synallagmatique (le compromis) par acte sous seing privé, lequel contient une stipulation aux termes de laquelle les parties devront dans un délai donné réitérer leur consentement sous forme authentique devant notaire.

En pareil cas, il convient de distinguer deux hypothèses dans lesquelles l'interprétation judiciaire de la volonté des parties joue à nouveau un rôle fondamental. Soit la réitération sous forme authentique n'a été érigée par les parties qu'en simple modalité de vente, et la promesse de vente vaut effectivement vente, même si au final l'une des parties se refuse à la réitération devant notaire (Civ. 3^{ème}, 20 décembre 1994). Soit la réitération sous forme authentique a été stipulée à titre de formalité essentielle, et la promesse synallagmatique ne

vaut pas vente car si elle comporte bien le consentement définitif des deux parties sur la chose et sur le prix, fait défaut l'élément formel essentiel pour les contractants : la forme authentique. Par conséquent, si l'une des parties s'oppose à la réitération de l'acte, la vente ne sera pas formée et la réalisation forcée ne sera pas ordonnée judiciairement (Civ. 3^{ème}, 17 juillet 1997). Encore, dans un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation en 2017, les hauts conseillers ont décidé que « *La vente n'est pas parfaite, dès lors que l'offrant a précisé que son engagement ne serait définitif qu'à la signature d'un engagement notarié et qu'aucune promesse de vente n'a été régularisée sans que les parties n'aient renoncé à ce formalisme* » (Civ. 3^{ème}, 14 septembre 2017).

II – Actualités

- Civ. 3^{ème}, 2 février 2022, pourvoi n° 20-23.468 : **Rétractation d'une promesse de vente par simple courriel.** Voici un arrêt qui ne restera certes pas dans les annales, mais qui a le mérite d'offrir une réponse à une question très pratique : celle de la forme de la rétractation d'une promesse de vente. En l'espèce, le propriétaire d'un appartement consent une PUV à des époux X. La promesse avait été classiquement notifiée par LRAR auxdits époux. Ces derniers se rétractent dans le délai imparti en envoyant un courriel au notaire chargé de la rédaction de l'acte de vente et mandaté par le vendeur. Le propriétaire les assigne en paiement de l'indemnité d'immobilisation arguant l'absence de régularité de la rétractation. Les juges du fond font droit à sa demande. La Cour de cassation en décide autrement considérant que l'envoi d'un courriel au notaire mandaté par le vendeur pour recevoir l'éventuelle rétractation d'une promesse de vente présente des garanties équivalentes à celles d'une notification par LRAR.

- Civ. 3^{ème}, 19 janvier 2022, pourvoi n° 20-13.951 : **L'obligation de bonne foi du bénéficiaire de la promesse unilatérale.** Voici une décision qui porte certes sur une situation classique et qui n'étonnera guère s'agissant de la solution, mais qui interpelle quant à son fondement exact. Les faits étaient simples : une promesse unilatérale de vente portant sur un bien immobilier occupé par un locataire est conclue. Le prix convenu tenant compte de l'occupation (et donc moindre que si l'immeuble était vide) est stipulé. Cependant, le bénéficiaire de la promesse négocie ensuite directement avec le locataire pour que celui-ci libère les lieux moyennant une indemnité. Lors de la signature de l'acte authentique, le bénéficiaire n'en informe pas le vendeur et la vente est conclue au prix stipulé dans la promesse. Plus tard, le vendeur agit en dommages-intérêts contre l'acheteur. Les juges du fond font droit à sa demande et la Cour de cassation les en approuve. Les juges du droit rappellent, d'une part, que l'obligation de loyauté, de bonne foi et de sincérité s'impose en matière contractuelle et, d'autre part, que le manquement à cette obligation s'apprécie lors de la conclusion de la vente définitive. Partant, la responsabilité de l'acheteur découle de sa dissimulation de l'accord avec le locataire ; il aurait dû en informer le vendeur. La Haute juridiction considère que s'agissant d'une promesse unilatérale, ce n'est point au moment de sa conclusion, mais de celui de la levée de l'option, formant la vente, qu'on doit se placer, de sorte que pour le propriétaire, le bien était censé être occupé à la date de la vente définitive, comme il l'était lors de la promesse. Cette solution n'étonne guère au vu de la notion même d'avant-contrat. Demeure une question : quel est le fondement de cette responsabilité ? Et sur ce point, l'arrêt de la Haute juridiction comme celui d'appel se révèlent assez énigmatiques. Deux fondements se disputent en raison du traditionnel principe de non-cumul

des responsabilités (Req. 21 janvier 1890) : d'un côté, le fondement délictuel serait justifié dès lors que le manquement à l'obligation de bonne foi se situe dans la période précontractuelle à l'égard du contrat de vente définitive et qu'il a vicié le consentement du vendeur au jour de cette vente ; en ce sens, les juges usent du vocabulaire caractéristique du dol en visant « *la dissimulation intentionnelle* » ou encore « *la réticence dolosive* » de l'acquéreur. De l'autre, le fondement contractuel serait justifié par l'existence d'un contrat entre les parties (la promesse unilatérale) et le manquement à l'obligation de bonne foi et à l'obligation consécutive d'information entre les contractants pendant l'exécution de la promesse. C'est d'ailleurs ce dernier fondement qui semble avoir les faveurs des juges qui semblent se placer dans le cadre de la promesse conclue entre les parties, bien que la situation soit appréciée au moment de la conclusion du contrat de vente. Certains voient dans cette décision un regain d'intérêt pour le solidarisme contractuel (non sans faire sourire, un auteur – Pierre-Yves Gautier l'imagine même « flamboyant »...). Si l'affirmation est à nuancer en l'état, l'on est assurément en présence d'un arrêt qui interroge, interpelle, et qui pourrait demain peut-être être considéré comme « un grand arrêt ».

- **Civ. 3^{ème}, 20 octobre 2021, pourvoi n° 20-18.514 : La jurisprudence nouvelle en matière de PUV fait déjà des petits.** Le 23 juin 2021, la Cour de cassation, dans un exercice digne de « Retour vers le futur », a opéré un revirement de jurisprudence tonitruant en décidant, sur le fondement de l'ancien article 1142 du Code civil, que la rétractation du promettant avant l'expiration du délai d'option ne faisait pas obstacle à la réalisation forcée du contrat définitif, sauf stipulation contraire. Cette solution est déjà réitérée dans cet arrêt du 20 octobre 2021, lequel ne manque d'ailleurs pas de se référer à celui de juin. La Haute juridiction censure décide qu'« *en retenant que la rétractation du promettant, intervenue avant la levée de l'option par les bénéficiaires de la promesse, a fait obstacle à la réalisation du contrat à défaut d'échange de consentements entre le promettant et le bénéficiaire, alors qu'elle avait retenu le caractère ferme et définitif de l'engagement du promettant et relevé que la promesse ne prévoyait aucun délai pour lever l'option d'achat, la cour d'appel a violé l' [ancien] article 1134 du Code civil* ». Ainsi, la présente décision n'est pas une simple réitération de l'arrêt du 23 juin 2021, elle en est également le prolongement puisqu'en l'espèce, il n'y avait aucun délai pour lever l'option d'achat (contrairement à l'hypothèse classique et à celle de juin 2021). La Cour de cassation considère que cet élément n'est pas de nature à changer l'issue du litige. La solution est certes cohérente mais interroge à l'aune de l'article 1211 du Code civil selon lequel : « *Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable* ».

- **Civ. 3^{ème}, 23 juin 2021, pourvoi n° 20-17.554 : La Cour de cassation réécrit l'histoire de la PUV.** Il vous faut tout oublier ou presque de ce que vous croyez savoir quant au régime de la PUV avant 2016. Pour commencer, rappelons ce passé bientôt oublié : à la question de la sanction de la rétractation de son engagement par le promettant, la Cour de cassation avait, dans un arrêt important de 1993, dit *Consorts Cruz*, sur le fondement de l'ancien article 1142 du Code civil, conclu à l'impossible réalisation forcée de la vente et à la seule allocation de dommages-intérêts. Par suite, dans un arrêt de 2011, la Cour de cassation avait, sur le fondement des articles 1101 et 1134 du Code civil, abouti à la même conclusion en constatant l'impossible rencontre des consentements du fait de la rétractation. Par suite, l'article 1124 du Code civil devait briser ces jurisprudences en disposant, en son alinéa 2, que « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation*

du contrat promis ». Aussi, l'on pensait devoir distinguer entre les promesses conclues avant le 1^{er} octobre 2016 et les promesses conclues postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance de réforme du droit des contrats. Cependant, la Cour de cassation vient de démentir la nécessité de cette dichotomie. Dans un arrêt à la motivation enrichie en date du 23 juin 2021, la Haute juridiction vient de décider, à propos d'une promesse conclue en 2010, que « *la rétractation du promettant ne constitue pas une circonstance propre à empêcher la formation de la vente, [dès lors] les consentements de parties se sont rencontrés lors de la levée de l'option par les bénéficiaires et la vente est parfaite* ». Pour aboutir à cette solution, la Cour de cassation réécrit l'histoire. Elle semble procéder en plusieurs étapes : d'abord, exit l'arrêt Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011 (la Cour de cassation ne le vise pas, il semble n'avoir jamais existé). Ensuite, les hauts conseillers rappellent l'arrêt *Consorts Cruz*, mais pour mieux le critiquer dans son déterminisme. Enfin, la Cour de cassation reprend l'article 1142 du Code civil et ses applications jurisprudentielles pour souligner que le texte n'est pas d'ordre public, que si, en principe, l'inexécution des obligations de faire et de ne pas faire se résout par des dommages-intérêts, il existe des cas d'inexécution de telles obligations qui peuvent être sanctionnés par l'exécution forcée de la convention dès lors que celle-ci est possible (Civ. 1^{ère}, 16 janvier 2007). Il semble dès lors définitif – en 2021 – pour la Cour de cassation que la rétractation du promettant entre dans ces hypothèses exceptionnelles. Quel sensationnel revirement ! Et un revirement déjà confirmé (Civ. 3^{ème}, 20 octobre 2021).

- **Civ. 3^{ème}, 4 mars 2021, pourvoi n° 19-22.971 : Retour sur la violation d'un pacte de préférence.** Une société bénéficiaire d'un pacte de préférence se prévaut de sa violation lorsque le promettant cède des parcelles de terrain, objet du pacte, par le moyen d'un crédit-bail. On notera immédiatement que ce point, non contesté par ailleurs, apparaît une évidence. Le pacte de préférence joue en cas de réalisation du contrat prévu, indépendamment des modalités de ce contrat (sauf stipulation contraire). Autrement, peu importe que la cession aux tiers se soit faite directement ou par l'intermédiaire d'un crédit-bail, la violation du pacte est évidente. La question qui se pose devant les juges est relative à la preuve des conditions nécessaires à la sanction (nullité ou substitution) de cette violation. Rappelons qu'au titre de l'arrêt rendu en chambre mixte le 26 mai 2006 ou en vertu de l'article 1123 alinéa 2 du Code civil, il appartient au bénéficiaire insatisfait souhaitant obtenir la nullité ou la substitution de la vente réalisée au tiers, de prouver, d'un côté, la connaissance par le tiers de l'existence du pacte, de l'autre, la connaissance par le tiers de la volonté du bénéficiaire de se prévaloir du pacte. Or, en l'espèce, s'il était constant que les cessionnaires avaient connaissance de l'existence du droit de préférence, les juges du fond repoussent la demande en annulation de la cession dès lors qu'il n'est pas démontré que les cessionnaires avaient connaissance de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Le pourvoi argue qu'il appartient en toutes circonstances à tout acquéreur professionnel, dès lors qu'il a connaissances de l'existence d'un droit de préférence, de s'informer des intentions de son bénéficiaire ; à défaut de pouvoir en justifier, il doit être présumé avoir eu connaissance de l'intention du bénéficiaire d'exercer son droit. Bien évidemment, l'argument ne prospère pas : la Cour de cassation rappelle qu'il incombe au bénéficiaire d'un droit de préférence qui sollicite l'annulation de la vente et sa substitution dans les droits du tiers acquéreur de rapporter la double preuve requise. Bref, nonobstant sa qualité de professionnel, le tiers acquéreur ne peut être présumé connaître l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Et il n'existe pas d'obligation pour ce tiers professionnel de s'enquérir de la volonté du bénéficiaire. L'action interrogatoire est un droit et une faculté, et non une obligation.

- **Com. 10 février 2021, pourvoi n° 18-25.474 : Violation d'une obligation précontractuelle d'information légale.** La présente décision se trouve au carrefour du droit des obligations, du droit des sûretés et du droit de la distribution. La question posée au juge était de savoir si la caution dirigeante d'une société franchisée peut obtenir réparation de son préjudice à l'égard du franchiseur, en cas de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information issue de l'article L. 330-1 du Code de commerce. La réponse de la Cour de cassation a le mérite de la clarté puisque les hauts conseillers décident dans le droit fil d'une jurisprudence bien établie (Com. 10 juillet 2012) que le préjudice résultant d'un manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information à l'égard du franchisé est constitué par la perte de chance de ne pas contracter ou de ne pas contracter à des conditions plus avantageuses. La particularité de la décision est que l'action profite à la caution dirigeante de la société créancière de l'obligation d'information. Pour le reste, la solution ne surprendra pas puisqu'elle rappelle ce qui semble une sanction désormais bien établie en matière de violation d'obligation d'information précontractuelle (art. 1112-1 C. civ.) ou encore en matière de dol, lorsque le demandeur n'agit pas en nullité mais seulement en responsabilité (art. 1178 al. 4 C. civ.).

- **Com. 27 janvier 2021, pourvoi n°18-22.492 : Le délai raisonnable dans lequel lever l'option contenue dans une promesse unilatérale à durée indéterminée.** En l'espèce, les consorts F. achètent l'intégralité des parts sociales d'une SARL. Le même jour, les consorts F. s'engagent unilatéralement et à durée indéterminée à revendre ces parts à l'un des cédants, M. X. Près de 12 ans plus tard, M. X notifie sa décision de lever l'option aux consorts F., lesquels refusent de vendre leurs parts à M. X. Celui-ci les assigne en exécution forcée de la cession. Les juges du fond refusant de faire droit à sa demande, il se pourvoit en cassation aux motifs notamment que la promesse unilatérale n'étant assortie d'aucun terme bornant le temps durant lequel l'option conférée peut être levée, celle-ci perdure tant que le promettant n'a pas dénoncé la promesse. Il est vrai que l'on peut reprocher aux consorts F. de ne pas avoir résilié leur engagement au cours des douze ans passés. Pourtant, l'argument ne prospère pas et la Cour de cassation rejette le pourvoi. Les hauts conseillers considèrent que la promesse unilatérale de vente consentie pour une durée indéterminée est caduque au moment où le bénéficiaire lève l'option, douze ans après la conclusion de l'engagement, dès lors que les parties ont eu la commune intention de fixer un délai raisonnable pour cette levée de l'option. Certains auteurs affirment, d'une part, que la promesse comme l'offre devrait donc nécessairement comporter un délai raisonnable et, d'autre part, que la Haute juridiction porte ici gravement atteinte à la force obligatoire des conventions. L'une comme l'autre de ces affirmations est erronée. Au vrai, il faut tenir compte des termes précis de la promesse : celle-ci comprenait une clause de temporisation (ou d'attente), selon laquelle l'option ne pouvait être levée la première année, une clause d'incessibilité à la charge du promettant, mais aucune clause d'indexation. La combinaison de ces éléments a conduit les juges du fond à considérer la commune intention des parties de ne pas laisser l'option durable au-delà d'un certain délai raisonnable.