

TOULOUSE  
CAPITOLE  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LE RETOUR DU PACTE DE PRÉFÉRENCE DANS LE DROIT COMMUN DES CONTRATS ?*

HUGUES KENFACK

Référence de publication : Defrénois 30 juin 2012, n° DEF40536, p. 622

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## LE RETOUR DU PACTE DE PRÉFÉRENCE DANS LE DROIT COMMUN DES CONTRATS ?

Peut-on appliquer au pacte de préférence, qui ne bénéficie d'aucun régime juridique légal spécifique, les règles du droit commun des contrats ?

En s'attachant à certains aspects du pacte de préférence, et tout particulièrement à la renonciation tacite du bénéficiaire et aux contraintes liées à son inexécution, l'auteur dresse un bilan de la jurisprudence récente, riche d'enseignements pour la pratique notariale.

### L'essentiel

- Qu'il s'agisse des règles relatives à sa formation, son exécution, ou son inexécution, le pacte de préférence rentre dans le droit commun des contrats.
- La connaissance du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir s'apprécie à la date de la promesse de vente, qui vaut vente, et non à la date de la réitération par acte authentique, sauf volonté contraire des parties.
- Les rédacteurs de baux commerciaux doivent être particulièrement vigilants, la plupart des contentieux naissant de pactes insérés dans ces baux.

Peut-on évoquer le retour du pacte de préférence dans le droit commun des contrats ? Une réponse positive à cette question suppose que le pacte de préférence était en dehors de ce droit commun, ce qui peut, en lui-même, susciter le débat. Absent du Code civil, même si les projets successifs de réforme suggèrent son insertion, le pacte de préférence pour un contrat futur est « la convention par laquelle celui qui reste libre de le conclure s'engage, pour le cas où il s'y déciderait, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traiter avec lui » *1*. Ainsi, si la liberté du débiteur du pacte reste entière s'agissant de la conclusion du contrat projeté, elle devient contrainte lorsqu'il a décidé de le conclure, car, conformément à sa promesse de préférence, il a l'obligation de le proposer prioritairement au bénéficiaire du pacte de préférence. Ce dernier peut prendre la forme d'une convention spéciale ou être inséré dans une autre, par exemple, comme cela est fréquent en pratique, un contrat de bail commercial, de vente, ou même de franchise.

Une des règles gouvernant sa formation est qu'il obéit aux conditions générales issues des articles 1108 et suivants du Code civil. En outre, il doit respecter l'article 544 du même code et ne pas constituer une atteinte au droit de propriété *2*.

On se souvient que les années 2006 et 2007 ont été marquées par des arrêts importants modifiant le régime juridique du pacte de préférence.

D'une part, un arrêt de revirement d'une chambre mixte de la Cour de cassation en date du 26 mai 2006 par lequel elle a admis le principe d'une exécution forcée, en décidant 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 » 3.

D'autre part, plusieurs arrêts de 2007 ont contribué au renforcement de l'efficacité du pacte de préférence 4, en montrant non seulement que les conditions de preuve ci-dessus exigées étaient possibles 5, mais aussi que le pacte devait être respecté par tous ses acteurs, y compris dans la tourmente des procédures collectives 6.

Existe-t-il encore aujourd'hui un particularisme du pacte de préférence, notamment dans le respect des concepts juridiques ? Plus de cinq ans après les arrêts ayant façonné ce régime juridique, il est temps d'effectuer un bilan de la jurisprudence récente en examinant la libération du débiteur du pacte, en raison, par exemple, de la renonciation tacite du bénéficiaire (I), et les contraintes liées à son inexécution (II).

## **I – LIBERTE CONTRACTUELLE ET RENONCIATION TACITE DU BENEFICIAIRE DU PACTE DE PREFERENCE**

La durée du pacte de préférence est un élément important dans l'extinction de l'obligation de son débiteur. La situation est a priori simple 7. Le débiteur est ainsi libéré de son obligation d'accorder une préférence, soit à l'expiration du délai prévu dans le pacte, s'il est à durée déterminée, soit en cas de refus du bénéficiaire d'acquiescer aux conditions qu'il propose. Tout cela est conforme au droit commun des contrats. Il ne s'agit d'ailleurs pas des seuls cas de libération du débiteur. Le pacte peut prendre fin par une exécution loyale – hypothèse qui n'est pas d'école –, par la perte de la chose objet du pacte ou même par le fait pour son débiteur de conclure un autre contrat que celui projeté.

Lorsque le pacte est inséré dans certains contrats, il appelle des solutions plus originales. Ainsi, lorsqu'il est inséré dans un bail commercial, l'extinction de ce dernier entraîne celle du pacte de préférence, la jurisprudence décidant que, sauf clause contraire, le renouvellement du bail commercial n'entraîne pas celui du pacte 8. En revanche, le pacte survit à la résiliation du bail lorsque le preneur se maintient dans les lieux dans l'attente du versement de l'indemnité d'éviction.

Du côté du bénéficiaire, il est admis qu'il reste libre d'acquiescer le bien objet du pacte, liberté fondamentale qui a une importance particulière en cas de pacte de préférence conclu à durée indéterminée, la situation étant plus complexe.

Cette liberté d'acquiescer ou non est-elle éternelle ? L'absence de délai dans le pacte laisse a priori ce dernier à la merci du bénéficiaire du pacte, en dehors des hypothèses évoquées ci-dessus et de celle, contestable, de la possibilité pour le débiteur du pacte de le résilier à tout moment sous réserve d'un préavis raisonnable 9. Toutefois, conformément au droit commun des contrats, cette liberté permet également au bénéficiaire de renoncer à son droit. Une telle renonciation doit être certaine et non équivoque. Expresse, elle ne soulève a priori aucune difficulté, ce qui n'est pas le cas lorsqu'elle est tacite. Comment la caractériser et quelles en sont les conditions ? Deux arrêts récents de la Cour de cassation apportent à cette question d'utiles précisions.

Le premier arrêt, en date du 3 novembre 2011, est riche d'enseignements *10*, parfois inédits. En l'espèce, un bail commercial accorde au locataire un droit de préférence en cas de vente de l'immeuble loué. Il précise que le bailleur doit informer le preneur, par lettre recommandée avec avis de réception, de son intention de vendre. Or, l'immeuble fait l'objet de deux ventes successives à des tiers, sans que cette formalité ait été respectée. Estimant que les ventes ont été réalisées en fraude de ses droits et qu'il avait l'intention de se prévaloir du pacte de préférence dès la première vente, le locataire demande, quatre ans après la seconde vente, l'annulation des deux ventes et sa substitution au premier acquéreur.

La Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel en déduisant d'un ensemble d'éléments que le locataire avait renoncé tacitement, de manière certaine et non équivoque, à son pacte de préférence.

En premier lieu, il avait connaissance des deux ventes et de leurs conditions financières dans le mois qui avait suivi leur réalisation. Cette connaissance avait eu lieu, pour la première vente, lors d'une instance en référé qui l'avait opposé au bailleur et, pour la seconde vente, au cours de la procédure de fixation du loyer du bail renouvelé.

En deuxième lieu, sans la moindre opposition, il avait payé le loyer au nouveau propriétaire dès le mois qui avait suivi chacune des ventes.

Enfin, il n'avait pas protesté ni invoqué le pacte de préférence lors du congé avec offre de renouvellement du bail délivré par le second propriétaire.

De ce faisceau d'indices, la Cour tire comme conséquence que la renonciation tacite était certaine et non équivoque. Cet arrêt montre qu'une renonciation tacite au pacte de préférence est possible dans les conditions conformes au droit commun.

En l'espèce, répétons-le, c'est bien la somme des indices qui permet d'admettre cette renonciation. La question se pose donc de savoir si un seul de ces indices aurait conduit au même résultat. Par exemple, le paiement du loyer au nouveau bailleur peut-il, à lui seul, avoir pour effet une renonciation tacite, certaine et non équivoque, du locataire à son droit de préférence contenu dans le bail ? De même, le silence du bénéficiaire du pacte de préférence peut-il être considéré comme une renonciation tacite ? Une réponse négative semble a priori s'imposer à ces deux questions. En effet, comme en droit commun des contrats, le simple silence ne suffit pas : dans un pacte à durée indéterminée, le bénéficiaire ne peut être réputé avoir renoncé au pacte simplement parce qu'il ne s'en est pas prévalu dans un délai normal après la notification qui lui a été faite de l'intention de vendre du propriétaire *11*. Quel est donc ce délai normal ? En l'espèce, le locataire, bénéficiaire du pacte, s'était réveillé quatre ans après la seconde vente. Toujours est-il qu'on reste bien dans une casuistique inévitable du faisceau d'indices suffisants pour caractériser une telle renonciation tacite.

Le second arrêt, en date du 14 décembre 2011 *12*, comporte des faits complexes, toutes les parties étant des sociétés. Ramené à l'essentiel, un bailleur conclut par acte notarié un bail commercial contenant un pacte de préférence au profit d'un locataire en cas de vente du bien. Deux ans plus tard, le bien est cédé à un tiers. Le même jour, le tiers acquéreur consent un crédit-bail au profit d'une société appartenant au même groupe que le vendeur. Le bénéficiaire du pacte de préférence assigne le débiteur du pacte, le tiers acquéreur et le crédit-preneur en nullité de la vente et en substitution. Nous laisserons

volontairement de côté les réponses apportées à cette demande contenues dans le pourvoi principal. Seul le second moyen du pourvoi incident est envisagé ici dans la mesure où il concerne la renonciation au pacte de préférence.

La Cour de cassation reprend les arguments de la cour d'appel *13*. Cette dernière avait logiquement noté que la renonciation à un droit ne pouvait résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer. Elle avait ajouté que le fait pour le bénéficiaire d'avoir eu connaissance postérieurement à l'acte de vente litigieux du changement d'identité du bailleur et de l'existence d'une opération de crédit-bail ne valait pas renonciation à invoquer le bénéfice d'un pacte de préférence qui avait vocation à s'appliquer en premier lieu au moment de la vente. Elle avait complété son argumentation en notant notamment que le contrat de crédit-bail était inopposable au débiteur du pacte de préférence car l'indivisibilité des deux conventions signées le même jour ne s'appliquait que dans les rapports entre le tiers acquéreur et le crédit-preneur, qu'était indifférente la qualité de SICOMI du tiers acquéreur car le bénéficiaire avait priorité sur ce dernier et, enfin, qu'il n'existait aucune condition propre au contrat de vente que le bénéficiaire aurait été dans l'impossibilité de remplir. La Cour de cassation rejette donc la prétendue renonciation alors qu'il convient de préciser qu'il ressort du pourvoi que le bénéficiaire avait, après la vente, réglé les loyers et charges au crédit-preneur, remboursé la taxe foncière au tiers acquéreur, et traité avec les deux sociétés pour effectuer des travaux dans l'immeuble. Aucun de ces éléments ne semble déterminant pour caractériser une renonciation tacite du bénéficiaire du pacte de préférence à s'en prévaloir.

Ces deux arrêts, l'un admettant la renonciation et l'autre la rejetant, confirment que c'est un faisceau d'indices qui entraîne la caractérisation d'une renonciation tacite. Ils ont d'importantes conséquences pratiques pour tous les acteurs du pacte de préférence, surtout lorsqu'il est conclu sans terme. En effet, il peut s'écouler un délai très long entre sa conclusion et la décision de son débiteur de vendre le bien. Une fois cette décision prise, malgré l'absence de communication directe d'information, le débiteur du pacte (ou le tiers acquéreur par exemple) ne va-t-il pas être tenté de plaider la renonciation tacite du bénéficiaire à son droit de préférence, d'autant plus qu'avec cette durée, de nombreuses manifestations de renonciation peuvent être invoquées ? Le bénéficiaire sera-t-il obligé d'agir très vite pour se prévaloir du pacte de préférence dès qu'il en est informé, quelle que soit la source d'information ? En outre, il convient d'avoir à l'esprit qu'il y a inexécution contractuelle de la part du débiteur du pacte de préférence qui n'a pas, conformément au contrat, préalablement informé le créancier de son intention de vendre le bien, ce qui pourrait conduire a minima à l'octroi de dommages-intérêts *14*.

Dans tous les cas, la renonciation tacite, qui relève de la liberté contractuelle, doit demeurer l'ultime recours, car elle peut conduire à l'inexécution du pacte et à ses contraintes.

## **II – CONTRAINTES RELATIVES A L'INEXECUTION DU PACTE DE PREFERENCE**

Le contentieux du pacte de préférence est souvent focalisé sur la caractérisation de son inexécution et ses conséquences. En effet, les discussions autour de la nature du pacte de préférence ou de la renonciation tacite ont lieu lorsque le bénéficiaire, créancier du pacte, va essayer de se prévaloir des conséquences de son inexécution. Ici aussi, le droit commun des contrats et des preuves s'applique. Il lui appartient d'établir un triple fait : l'existence du pacte, l'obligation inexécutée – ce qui peut être facile s'il est écrit – et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Ensuite, le débiteur du pacte ou le tiers acquéreur va soulever ses moyens de défense. Si ces derniers échouent, le créancier choisit sa réparation dans certaines conditions. D'importantes contraintes existent quant à cette inexécution. Elles sont relatives notamment à l'interprétation du pacte de préférence, à la date d'appréciation de la mauvaise foi du tiers, et aux éléments de preuve à apporter.

## **A – L'INTERPRETATION DU PACTE DE PREFERENCE**

La première contrainte est la caractérisation de l'inexécution du pacte, ce qui va souvent nécessiter son interprétation. Il n'y aura inexécution que si l'opération objet de la préférence a été conclue sans avoir préalablement été proposée à son bénéficiaire. Ainsi, un pacte de préférence de bail n'est pas inexécuté si son débiteur vend le bien.

Parfois, la situation est plus complexe, comme l'illustrent plusieurs arrêts récents dont un du 9 novembre 2010 particulièrement éclairant *15*. Sur un immeuble lui appartenant, une société consent à un locataire un bail commercial stipulant au profit de ce dernier un droit de préférence « en cas de vente, d'échange ou d'apport en société de l'immeuble loué ». La société débitrice du pacte ayant par la suite été absorbée par une autre société, le bénéficiaire considère l'opération comme une violation du pacte de préférence et demande l'annulation de « l'apport de l'immeuble ainsi réalisé ». Sa demande est rejetée par la cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, qui considère qu'un pacte de préférence « d'apport en société » n'est pas inexécuté par une « fusion-absorption ». Pour arriver à cette conclusion, elle relève que « l'opération de fusion-absorption, qui entraîne la dissolution sans liquidation de la société absorbée et la transmission universelle de son patrimoine à la société absorbante et n'a pas pour contrepartie l'attribution à la société absorbée de droits sociaux au sein de la société absorbante, ne constitue pas un apport fait par la première à la seconde ». Elle en conclut, par une approbation sans réserve sur ce point, que « c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu, pour dire que la fusion n'était pas intervenue en violation du pacte de préférence, que cette opération n'était pas un apport en société ».

Cet arrêt a une importance capitale en théorie et surtout en pratique, notamment pour la pratique notariale. Certes, certains éléments que la doctrine a pu relever les rapprochent, les deux opérations ayant un effet commun : le transfert à la société absorbante ou bénéficiaire de la propriété des biens apportés ou inclus dans l'actif transmis. Elles ont des effets économiquement très proches. Toutefois, elles sont juridiquement distinctes et l'arrêt du 9 novembre 2010, de manière très pédagogique, relève les éléments de différence. On n'y insistera pas outre mesure *16* (v. supra encadré En pratique).

En pratique

Tout rédacteur d'un pacte de préférence doit préalablement lire l'arrêt du 9 novembre 2010, spécialement en matière immobilière et en droit des sociétés (v. Cass. com., 9 nov. 2010, préc. note 15 : RJDA 2011, n° 244).

Le raisonnement est en effet transposable aux diverses clauses d'agrément et de préemption souvent insérées dans les statuts et pactes extrastatutaires et ayant pour effet des restrictions de la liberté de cession de droits sociaux. De telles clauses ne peuvent s'appliquer au cas où les titres sont inclus dans la transmission universelle résultant d'une opération de fusion ou de scission que si les parties en ont eu ou manifesté la volonté. Le plus prudent n'est-il pas de l'exprimer par une formule globale, par exemple « la transmission de toute action », sous réserve de l'interprétation des juges du fond ou de viser expressément cette hypothèse de transmission par voie de fusion ou d'absorption ? À défaut, elles s'exposent à voir des juges du fond effectuer une interprétation stricte en décidant qu'une clause de préemption n'est pas applicable « à la transmission à titre universel résultant d'une fusion-scission » (Cass. com., 28 avr. 2004, n° 00-15003, D : RJDA 2004, n° 983). Le rédacteur doit être vigilant car il ne sera pas efficace de viser « tous les cas de cession » (Cass. com., 12 févr. 2008, n° 06-20966, D : RJDA 2008, n° 1275).

Au-delà même du droit des sociétés, la mésaventure vécue par le bénéficiaire du pacte de l'espèce doit attirer l'attention sur les opérations visées et sur les dangers d'une énumération très précise et exhaustive. L'interprétation stricte, comme l'illustre l'arrêt du 9 novembre 2010, a pour conséquence que, dans ce cas, toute opération non visée est exclue de l'objet du pacte, même si elle peut aboutir à un résultat économiquement proche.

Un autre arrêt de la Cour de cassation du 15 décembre 2009 est dans le même sens. En considérant que l'apport en société se réalise par un transfert à titre onéreux d'un élément du patrimoine à une société, les juges du fond avaient assimilé cet apport à la cession. La Cour de cassation exerce sa censure, refusant d'assimiler les deux opérations *17*.

Un troisième arrêt s'inscrit en droite ligne dans ces principes : la cour d'appel d'Angers décide le 6 décembre 2011 qu'un pacte de préférence portant sur le fonds de commerce d'une société n'a pas lieu d'être mis en œuvre en cas de cession de la totalité des parts émises par cette société *18*.

Tous ces arrêts confirment l'interprétation stricte de l'objet du pacte de préférence de vente, ce qui est conforme au droit commun. En effet, le principe est la libre disposition des droits et toute entrave est une exception qui doit être interprétée strictement. Cette interprétation a pour effet une exigence de précision dans la rédaction des pactes.

Les deuxièmes et troisièmes contraintes sont la charge de la preuve et la date d'appréciation de la mauvaise foi du tiers qui permettent d'obtenir la réparation considérée comme suprême : nullité et exécution forcée en nature.

## **B – LA CHARGE DE LA PREUVE ET LA DATE D’APPRECIATION DE LA MAUVAISE FOI DU TIERS**

Sur la charge de la preuve, il convient de rappeler que l’arrêt de revirement de 2006 avait exigé la double preuve de l’existence du pacte de préférence et de l’intention du bénéficiaire de s’en prévaloir. La jurisprudence récente confirme qu’elle incombe au bénéficiaire, ce qui est conforme au droit commun. Plusieurs décisions sont dans ce sens. On se limitera à signaler deux arrêts récents.

D’une part, celui du 2 novembre 2011 qui, même s’il n’est pas publié au bulletin, affirme clairement que cette preuve incombe au bénéficiaire du pacte de préférence *19*.

D’autre part, celui du 14 décembre 2011, qui décide que le bénéficiaire du pacte ne rapporte pas la preuve d’une intention frauduleuse, laquelle ne peut résulter d’une simple négligence *20*. Depuis le revirement de 2006, cette solution n’a pas vraiment soulevé de difficultés, mais il est opportun pour la Cour de cassation de le rappeler *21*.

Quant à la date d’appréciation de la mauvaise foi du tiers acquéreur, c’est au moment où il a contracté qu’il convient de se placer, ce qui ne soulève aucune difficulté dans une opération simple. En revanche, des difficultés naissent si l’opération est complexe, lorsque, par exemple, un avant-contrat est conclu en dépit de l’existence du pacte de préférence, comme l’illustre un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 25 mars 2009 *22*, qui décide que « la connaissance du pacte de préférence et de l’intention du bénéficiaire de s’en prévaloir s’apprécie à la date de la promesse de vente, qui vaut vente, et non à celle de la réitération par acte authentique... » lorsque les parties n’ont pas « entendu faire de celle-ci un élément constitutif de leur engagement ».

En l’espèce, un pacte de préférence est inclus dans un acte de donation-partage portant sur l’attribution des droits relatifs à un immeuble. Sans respecter le pacte de préférence, le donataire conclut une promesse de vente réitérée par acte authentique. Le tiers acquéreur ayant été informé par le notaire, après la conclusion de la promesse, mais avant la réitération devant notaire, le bénéficiaire demande à être substitué dans les droits de l’acquéreur, ce que lui refuse la Cour de cassation.

Est-ce à dire que c’est à la date de la conclusion de la promesse qu’il faut nécessairement se placer en cas de promesse synallagmatique de vente ? Une nuance doit être apportée. Lorsque, comme le précise la Cour de cassation, la promesse de vente vaut vente, la réponse est, sans ambiguïté, positive *23*. C’est le principe issu des articles 1583 et 1589 du Code civil. La réitération devant notaire est une simple formalité. Le moment fondamental est celui où les parties sont définitivement engagées, même si c’est par un acte sous seing privé *24*. Toutefois, par exception, les parties peuvent faire de cette formalité un élément essentiel de leur consentement. Dans ce dernier cas, c’est au moment de cette réitération qu’il faudra se placer pour apprécier cette double connaissance. Cet arrêt doit être approuvé. Il convient d’indiquer que dans le cas d’une promesse unilatérale de vente, c’est à la date de la levée de l’option qu’il faut se placer.

La troisième contrainte est la sanction en cas d'inexécution du pacte de préférence. Lorsque la double condition de preuve est remplie, les parties peuvent obtenir la nullité de la vente et l'exécution forcée en nature. Cette preuve, qualifiée de diabolique dès le revirement de 2006, n'est plus aujourd'hui considérée comme impossible mais simplement difficile 25.

Un arrêt récent du 3 novembre 2011 confirme la possibilité de cette double preuve, même si les circonstances de l'espèce sont particulières 26. Un marchand de biens consent une promesse de vente relative à un immeuble à usage commercial à une SCI le 8 janvier 2002. En mars de la même année, il conclut sur le même immeuble un bail commercial avec une autre société, contenant un droit de préférence au profit du locataire, et prenant effet le 1er janvier 2002, c'est-à-dire avant la promesse de vente. La réitération par acte authentique de la vente au profit de la SCI intervient en novembre 2002. Un mois plus tard, le locataire est informé de cet acte par le gestionnaire de l'immeuble et demande avec succès l'annulation de la vente mais apparemment pas la substitution.

La Cour de cassation considère que cette vente est intervenue en violation de ses droits en raison de trois faits. En premier lieu, le vendeur marchand de biens et l'acheteur étaient représentés par la même personne physique. En deuxième lieu, l'acheteur avait eu connaissance, lors de la signature de l'acte authentique, de l'existence du pacte de préférence inséré dans le contrat de bail et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Enfin, la promesse synallagmatique de vente consentie par le marchand de biens ne pouvait priver d'effet le pacte de préférence dès lors que le contrat de bail avait pris effet en toutes ses clauses et conditions au 1er janvier 2002. En effet, c'est bien, comme il a été ci-dessus indiqué, à la date de la promesse de vente valant vente et non à celle de sa réitération qu'il faut se placer pour apprécier cette double preuve... Cette affirmation n'est pas contredite par l'arrêt du 3 novembre 2011 27.

C'est sans doute la fiction de la rétroactivité qui explique en grande partie cette décision, complétée par le fait que la Cour de cassation a voulu sanctionner le comportement malhonnête de la personne physique représentant à la fois l'acquéreur dans la promesse de vente et le débiteur du pacte de préférence. Va-t-on progressivement voir en jurisprudence des cas d'annulation ou même d'exécution forcée en nature qui renforceront encore plus l'efficacité du pacte de préférence ? La « preuve diabolique » doit-elle devenir « angélique » ? Ce n'est pas souhaitable, les deux extrêmes étant contestables. Cette difficulté de preuve n'est finalement pas si critiquable que cela car il s'agit d'obtenir la sanction suprême : l'exécution forcée en nature.

D'autres sanctions sont envisageables, comme des dommages-intérêts. Les parties peuvent même les contractualiser en insérant une clause pénale dans le pacte de préférence comme l'illustre un arrêt du 5 octobre 2011 28.

En pratique

L'arrêt du 3 novembre 2011 montre que les rédacteurs doivent avoir à l'esprit l'ensemble dans lequel s'insèrent les actes qu'ils rédigent. En l'espèce, la promesse est consentie un mois avant la signature du bail contenant le pacte de préférence. Le bénéficiaire de ce dernier ne peut logiquement pas en avoir connaissance. Mais le rédacteur de la clause de bail prévoit que ce dernier prend effet dès le

1er janvier 2002, c'est-à-dire rétroactivement avant la signature de la promesse, ce qui a d'importantes conséquences pratiques.

En définitive, le pacte de préférence rentre dans le droit commun<sup>29</sup>. Qu'il s'agisse de sa formation, de son exécution ou de son inexécution, les principales règles du droit commun des preuves ou des contrats s'y appliquent, ce qui est logique car il s'agit bien d'un « avant-contrat »<sup>30</sup>. L'analyse de la jurisprudence postrevirement de 2006 révèle d'importants enseignements pour la pratique notariale, relatifs notamment à la rédaction des pactes de préférence ou à leur mise en œuvre<sup>31</sup>. Elle montre aussi que les spécialistes de baux commerciaux doivent être particulièrement vigilants, car la plupart des situations pathologiques concernent des pactes insérés dans de tels baux.

1 –

1. P. Catala (dir.), Avant-projet de réforme du droit des obligations. Sur l'ensemble de la question, v. déjà H. Lalou, « Les pactes de préférence » : D. 1929, chron. p. 41 - M. Dagot, Le pacte de préférence, Litec, 1988 - P. Voirin, « Le pacte de préférence » : JCP G 1954, I, 1192. V. récemment « Pacte de préférence : liberté ou contrainte ? » : Dr. et patr. janv. 2006, p. 36 et s. L'essentiel du raisonnement est relatif au pacte de préférence de vente.

2 –

2. Cass. 3e civ., 23 sept. 2009, n° 08-18187 : Bull. civ. III, n° 203 ; Defrénois 2010, p. 105, art. 39053, n° 3, obs. R. Libchaber - H. Kenfack, obs. in RLDC 2010/72, n° 3837 et réf. citées

3 –

3. Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n°s 03-19376 et 03-19495 : Bull. civ. ch. mixte, n° 4, p. 13 ; Defrénois 2006, p. 1206, art. 38433, n° 41, obs. E. Savaux ; D. 2006, p. 1861, note P.-Y. Gautier et note D. Mainguy, et pan. 2644, note B. Fauvarque-Cosson ; JCP G 2006, II, 10142, note L. Leveneur et I, 176, obs. F. Labarthe ; JCP N 2006, 1256 ; Dr. et patr. 2006, p. 95, obs. P. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages - H. Kenfack, « Restauration de la force obligatoire du pacte de préférence » : RLDC sept. 2006, p. 5

4 –

4. V. notamment H. Kenfack, « Le renforcement de la vigueur du pacte de préférence » : Defrénois 2007, p. 1003, art. 38621

5 –

5. Cass. 3e civ., 14 févr. 2007, n° 05-21814 : Bull. civ. III, n° 25 ; JCP E 2007, 1523, n° 21, obs. J. Monéger ; Dr. et patr. sept. 2007, p. 97, obs. P. Stoffel-Munck ; D. 2007, p. 2444, note J. Théron

6 –

6. Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-17296 : Bull. civ. IV, n° 38 (2 arrêts) ; Defrénois 2007, p. 775, art. 38594, note L. Ruet ; D. 2007, p. 648, note A. Lienhard ; JCP E 2007, 1523, n° 21, obs. J. Monéger

7 –

7. V. cependant Cass. 3e civ., 23 sept. 2009, préc. note 2, dans une hypothèse de pacte conclu avec une durée de vingt ans et un prix prédéterminé.

8 –

8. V. notamment Cass. 3e civ., 21 juin 2005, n° 04-15030, D : Gaz. Pal. 2005, somm. p. 4237, obs. J.-D. Barbier

9 –

9. En faveur d'une telle possibilité, v. récemment P. Puig, Contrats spéciaux, Dalloz, 4e éd., 2011, n°s 128 et s. - B. Mallet-Bricout, « Le droit de préemption du cocontractant : pas de pitié pour le bénéficiaire » : JCP N 2011, 1266. Contra : A. Bénabent, Les contrats civils et commerciaux, Montchrestien, coll. Domat, 9e éd., n° 113 - H. Kenfack, note sur Cass. 3e civ., 15 janv. 2003, n° 01-03700 : D. 2003, p. 1190 ; Bull. civ. III, n° 9, p. 9 ; Defrénois 2003, p. 853, art. 37767, n° 56, obs. R. Libchaber

10 –

10. Cass. 3e civ., 3 nov. 2011, n° 10-20297, PB : Defrénois flash 28 nov. 2011, p. 4 ; Rev. loyers 2011, p. 461, note C. Lebel ; RJDA 2012, n° 139 ; Gaz. Pal. n° spécial 17-18 févr. 2012, p. 15, obs. C. Quément

11 –

11. Cass. 3e civ., 3 mars 1953 : JCP G 1953, II, n° 7653, note J.-C. Laurent

12 –

12. Cass. 3e civ., 14 déc. 2011, n° 10-18105, D

13 –

13. CA Rouen, 2e ch., 4 mars 2010, n° 09-01025 : LPA 4 août 2010, p. 14, note D. Bert

14 –

14. Cass. 3e civ., 14 déc. 2011, préc. note 12

15 –

15. Cass. com., 9 nov. 2010, n° 09-70726 : Bull. civ. IV, n° 172 ; Defrénois 30 janv. 2011, p. 181, art. 39195, note H. Hovasse ; BJS 2011, p. 112, note P. Le Cannu ; RLDC janv. 2011, p. 10, note A. Paulin ; LEDC 1er janv. 2011, n° 1, p. 3, note B. Dondero ; RJDA 2011, n° 244

16 –

16. Sur l'ensemble de la question, v. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés, LexisNexis, 24e éd., n°s 106 et s., et 1360 et s.

17 –

17. Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-21037 : Bull. civ. IV, n° 173 ; BJS mai 2010, p. 486, obs. D. Poracchia. V. cependant Cass. 3e civ., 15 nov. 2010, n° 09-17315, D

18 –

18. CA Angers, ch. com., 6 déc. 2011, n° 10-01820

19 –

19. Cass. 3e civ., 2 nov. 2011, n° 10-25240, D

20 –

20. Cass. 3e civ., 14 déc. 2011, préc. note 12. Dans le même sens, v. Cass. 3e civ., 29 juin 2010, n° 09-68110, D

21 –

21. V. aussi CA Bastia, ch. civ. B, 6 avr. 2011, n° 09/00303

22 –

22. Cass. 3e civ., 25 mars 2009, n° 07-22027 : Bull. civ. III, n° 68 ; Defrénois 2009, p. 1276, art. 38964, n° 2, obs. E. Savaux et 2010, p. 454, art. 39075, note Y. Dagorne-Labbe ; LEDC 1er mai 2009, n° 5, p. 6, obs. G. Pillet ; RDC 2009, p. 991, obs. Y.-M. Laithier ; D. 2010, pan. juripr. p. 228, obs. S. Amrani-Mekki ; RJDA 2009, n° 712 ; RTD civ. 2009, p. 337, obs. P.-Y. Gauthier et p. 524, obs. B. Fages ; Dr. et patr. mars 2010, p. 88, obs. B. Mallet-Bricout

23 –

23. Comp. : Cass. 3e civ., 5 oct. 2011, n° 10-17234, D

24 –

24. Sauf rétroactivité.

25 –

25. V. déjà Cass. 3e civ., 31 janv. 2007, n° 05-21071 : Bull. civ. III, n° 16, p. 13 ; Defrénois 2007, p. 1048, art. 38624, n° 51, obs. R. Libachaber - H. Kenfack, art. préc. note 4

26 –

26. Cass. 3e civ., 3 nov. 2011, n° 10-20936, PB : RJDA 2012, n° 140 ; RTDI 2012, p. 71, obs.

J. Sénéchal

27 –

27. Contra : C. Quément, obs. préc. note 10

28 –

28. Cass. 3e civ., 5 oct. 2011, n° 10-17234, préc. note 23

29 –

29. V. également l'analyse de B. Mallet-Bricout, art. préc. note 9

30 –

30. S. Ringler, Existe-t-il une théorie générale de l'avant-contrat ?, thèse Toulouse, 2010

31 –

31. Il convient d'avoir à l'esprit que la responsabilité notariale peut être recherchée dans certaines hypothèses : v. notamment Cass. 1re civ., 11 juill. 2006, n° 03-18528 : Bull. civ. I, n° 389, p. 335 ; Defrénois 2006, p. 1890, art. 38506, note F. Hébert ; D. 2006, p. 2510, note P.-Y. Gautier ; JCP N 2007, 1064, note H. Kenfack ; RTD civ. 2006, p. 759, obs. J. Mestre et B. Fages