

La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 11, 13 Mars 2015, 1093

Droits de préférence et de préemption

Étude rédigée par : Laurent Leveueur professeur à l'université Panthéon-Assas

et Thomas Semere notaire, enseignant au CFPNP

VENTE D'IMMEUBLE

Accès au sommaire

Cette étude dresse dans un premier temps un tableau de la prolifération à la fois des droits de préemption et des droits de préférence suite aux lois Alur et Pinel. Sont ensuite envisagées la mise en œuvre de ces droits dans le processus de la vente et les sanctions applicables en cas de défaut d'application de ces droits. ^{Note 1}

1. - Le thème des droits de préférence et de préemption susceptibles d'intervenir dans le processus de la vente d'immeuble illustre à merveille les heurs et malheurs de la liberté contractuelle en ce domaine. La liberté contractuelle n'est plus seulement, aujourd'hui, un grand principe civiliste qui domine le droit des contrats en général ; depuis le tournant du XX^e siècle, le Conseil constitutionnel accepte de lui reconnaître une valeur supérieure, une valeur constitutionnelle, en y voyant une liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ^{Note 2}. Mais cette constitutionnalisation n'empêche pas que des limitations puissent être apportées à cette liberté, pourvu seulement qu'elles soient justifiées par l'intérêt général et qu'il n'en résulte pas des atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ^{Note 3}. Et, assez paradoxalement, les limitations de la liberté contractuelle n'auront jamais été aussi nombreuses que depuis qu'elle a une valeur constitutionnelle ! La prolifération des droits de préemption en est une étonnante démonstration. La liberté contractuelle a en effet, classiquement, plusieurs composantes :

- c'est la liberté de décider de contracter ou de ne pas contracter : le vendeur vend son immeuble s'il le veut, l'acquéreur l'achète s'il le veut - et d'ailleurs, lui, n'y est jamais obligé : il n'y a pas d'exception à cette dimension de la liberté contractuelle ;
- c'est la liberté de contracter avec qui l'on veut : le vendeur vend son immeuble à l'acquéreur de son choix ; s'il y a plusieurs intéressés, le vendeur est libre de traiter avec qui il l'entend - attention, toutefois à ne pas utiliser un critère de distinction qui entrerait dans la qualification d'une discrimination pénalement prohibée (*C. pén.*, art. 225-1). L'acquéreur lui, traite ou ne traite pas avec celui qui lui offre de lui vendre son bien, en totale liberté ;
- c'est la liberté de déterminer le contenu du contrat : et s'agissant de la vente d'immeuble, tout particulièrement celle de convenir du prix.

2. - Les droits de préemption, comme leur nom l'indique, en provenance du latin *prae*, avant, *emptio*, achat, donnent à leur titulaire la faculté d'acquiescer, avant tout autre personne, le bien que le propriétaire envisage de vendre. De nombreuses lois ont institué au cours du XX^e siècle et en ce début de XXI^e siècle de tels droits de préemption, souvent en utilisant expressément cette dénomination précise ^{Note 4}, si bien qu'il est devenu assez usuel, lorsqu'aucune précision n'est donnée, de viser sous l'appellation de droits de préemption, ces seuls droits de source légale, et c'est ainsi qu'on entendra aussi l'expression dans cette présentation. En instaurant de tels droits de préemption, au profit tant de personnes publiques que de personnes privées, la loi apporte autant d'exceptions au principe du libre choix par le vendeur de son cocontractant. Et la prolifération contemporaine des textes étendant toujours plus les hypothèses et la portée des droits de préemption conduit à se demander ce qu'il reste aujourd'hui de cette composante de la liberté contractuelle.

3. - Avec le droit de préférence, les choses se présentent un peu différemment. Du moins sous le bénéfice d'une précision terminologique, car l'expression « droit de préférence » peut revêtir plusieurs sens. Il est évident qu'ici, dans ce colloque consacré à la vente d'immeuble et organisé selon un plan chronologique qui suit le déroulement de la vente, il n'est pas question de la prendre dans cette première communication au sens de prérogative dont bénéficie le titulaire d'une sûreté réelle et qui lui permet d'échapper au concours des autres créanciers dans la distribution du prix de vente. Rapprochés des droits de préemption, comme l'ont fait les organisateurs du colloque, les droits de préférence doivent être pris au sens de

droits de priorité créés par des pactes de préférence. Le pacte de préférence, non réglementé par la loi, en tout cas jusqu'à maintenant ^{Note 5}, est une convention créatrice d'un droit de priorité au profit d'une personne pour le cas où celui qui accorde la préférence déciderait de conclure un certain contrat. Il peut avoir pour objet toute sorte de contrat : par exemple le bail. Appliqué à la vente, le pacte de préférence fait naître pour son bénéficiaire un droit d'acquiescer par priorité le bien objet du pacte, pour le cas où son propriétaire viendrait à le vendre : bref un droit de préemption... mais ici d'origine volontaire et non pas légale. Puisqu'il n'est pas réglementé par la loi, il n'est pas exclu que plusieurs appellations différentes se rencontrent en pratique... dont celle de droit de préemption ! Pour la clarté du propos, nous entendons ici l'expression *droits de préférence* comme recouvrant les droits créés par les pactes de préférence, et non par la loi. Là aussi la liberté de choisir l'acquéreur est entamée : le vendeur ne peut vendre à qui il veut ; s'il se décide à vendre, il doit donner la priorité au bénéficiaire. Mais cette restriction n'est pas une atteinte à la liberté contractuelle, car elle procède tout simplement de l'exercice d'autres composantes de la liberté contractuelle : si la préférence est due, c'est parce que le vendeur l'a précédemment bien voulu ! Le pacte de préférence procède de la liberté de consentir au contrat et de la liberté de définir le contenu du contrat : ici, un contrat créateur d'une obligation pour le propriétaire de l'immeuble, pour le cas où il déciderait de le vendre. La pratique du pacte de préférence illustre ainsi la vitalité de la liberté contractuelle, à l'inverse du développement des droits de préemption instaurés par la loi, qui l'étouffent. Et ce qui est notable est que la multiplication des droits de préemption légaux ne parvient pas à priver d'utilité le pacte de préférence, qui trouve toujours de nouvelles applications : c'est l'inventivité contractuelle !

4. - On dressera ainsi, dans un premier temps, un tableau de la prolifération à la fois des droits de préemption et des droits de préférence (1). Et, comme l'ont souhaité les organisateurs de ce colloque, il s'agira aussi d'être très pratique, ce qui nous conduira, dans un deuxième temps, à envisager la mise en œuvre de ces droits (2) : que représentent-ils dans le processus de la vente ? Un obstacle à franchir, une formalité ? Ou parfois tout simplement la prédétermination d'un acquéreur tout trouvé et qu'il n'y a plus à chercher ? C'est ce que nous verrons.

1. La prolifération des droits de préemption et de préférence

5. - Notre époque connaît une inflation législative sans précédent et à la faveur de telle ou telle loi fleurissent de nouveaux droits de préemption - au moins deux de plus en cette année 2014 ^{Note 6} -, ou des extensions des droits déjà institués. Un inventaire sera le bienvenu (A). On essaiera ensuite de recenser les utilisations du pacte de préférence (B).

A. - Inventaire raisonné des droits de préemption

6. - Les droits de préemption se développent de plus en plus au gré des nouvelles réglementations. Le droit de préemption est un droit de priorité d'origine légale qui permet à son titulaire d'acquiescer un bien par priorité à tout autre acquéreur, pourvu que le propriétaire décide de vendre. Le droit de préemption bien qu'étant de plus en plus étendu n'en reste pas moins une « anomalie » juridique puisqu'il vient limiter deux droits fondamentaux, à savoir :

- d'une limite portée au droit de propriété (droit de disposer) ;
- ainsi qu'à la liberté contractuelle (droit de choisir son contractant).

Le droit de préemption ne peut donc se concevoir que lorsqu'un intérêt érigé comme étant particulièrement impérieux par le législateur doit être protégé, justifiant ainsi l'atteinte portée au droit de propriété et à la liberté contractuelle. On pourra distinguer les différents droits de préemption s'appliquant en matière de vente immobilière selon qu'ils protègent un intérêt public ou un intérêt privé avant de s'intéresser en particulier aux nouveaux droits de préemption créés ou aménagés par les lois Alur et Pinel.

1° La distinction entre les droits de préemption protégeant un intérêt public et un intérêt privé

7. - C'est en matière d'urbanisme que l'on retrouve les principaux droits de préemption protégeant un intérêt public, à savoir :

- le droit de préemption urbain (DPU) (*C. urb., art. L. 211-1 s.*) ;
- le droit de préemption propre aux « zones d'aménagement différé » et aux « périmètres provisoires » (*C. urb., art. L. 212-1 s.*) ;
- le droit de préemption destiné à la protection des espaces naturels sensibles (*C. urb., art. L. 142-1 s.*) ;
- le droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce et les baux commerciaux, créé par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 (*C. urb., art. L. 214-1*).

On retrouve également un droit de préemption protégeant un intérêt public dans le Code rural et de la pêche maritime avec le droit de préemption des Safer créées par la loi d'orientation agricole (L. n° 60-808, 5 août 1960) ont reçu mission de procéder à des opérations d'aménagement foncier, de participer à la protection de l'environnement (*C. rur. pêche marit., art. L. 143-2*) et de participer au développement des jardins familiaux (*C. rur. pêche marit., art. L. 562-1*), c'est-à-dire permettre aux familles d'avoir un lopin de terre cultivable en vue de subvenir aux besoins de leur foyer. Dans cette perspective, les Safer disposent d'un droit de préemption en cas d'aliénation à titre onéreux de biens immobiliers, à

vocation ou à usage agricole, et de leurs accessoires (*C. rur. pêche marit., art. L. 143-1*). Ce dernier a même été considérablement élargi pour la Safer d'Île-de-France avec le décret du 20 février 2014 qui permet à cette dernière d'user de son droit de préemption pour tous les terrains d'une superficie minimale de 25 ares et pour certains terrains d'une superficie inférieure s'ils répondent à une des catégories fixées par l'article 2 du décret susvisé.

8. - D'autres droits de préemption protègent quant à eux des intérêts privés. On remarque que ces droits de préemption ont été créés dans la majorité des cas pour protéger des locataires soit dans un cadre privé (droit de préemption en matière de bail d'habitation) soit dans un cadre professionnel (bail commercial ou rural), à savoir :

- en matière d'habitat le preneur dispose de plusieurs droits de préemption lorsqu'un événement de nature à « fragiliser » le renouvellement du bail en cours intervient ;
- l'article 15-II de la loi du 6 juillet 1989 permet au preneur, auquel un congé a été délivré en vue de la vente de son logement, de l'acquérir aux prix et conditions de la vente projetée ;
- l'article 10-I de la loi du 31 décembre 1975 accorde également un droit de préemption au preneur sur son logement lorsque la vente est consécutive à la division de tout ou partie d'un immeuble par lots ;
- l'article 10-1 de la loi du 31 décembre 1975 oblige le vendeur de l'immeuble, lorsqu'il comporte plus de cinq logements (depuis la loi Alur), à demander préalablement à l'acquéreur de l'immeuble s'il s'engage à prolonger les baux en cours pour six ans ; à défaut, le locataire dispose d'un droit de préemption. C'est la vente en bloc, qui préfigure souvent une vente à la découpe ;
- les accords collectifs confèrent enfin un droit de préemption autonome dans des circonstances particulières. On craint une éviction prochaine des locataires en place ;
- en matière agricole, le preneur exploitant un fonds de terre ou un bien rural bénéficie d'un droit de préemption en cas de vente de ce bien (*C. rur. pêche marit., art. L. 412-1*). Le but de ce dispositif n'est pas seulement d'offrir « la terre à celui qui la cultive » pour améliorer sa condition ; l'idée s'est imposée que la perspective de devenir propriétaire inciterait le preneur à exploiter au mieux sa terre ;
- en matière commerciale, la loi Pinel du 18 juin 2014 a accordé aux locataires titulaires d'un bail commercial un droit de préemption en cas de vente du local loué (*C. com., art. L. 145-46-1*) et ce pour protéger « l'outil de travail » du locataire pour qui la localisation est souvent un élément déterminant de la pérennité de son activité.

9. - Mais au-delà de la protection des intérêts privés des locataires, le droit de préemption peut être amené à s'exercer pour protéger un intérêt privé dans le domaine de l'indivision. En effet, l'article 815-14 du Code civil ouvre un droit de préemption aux indivisaires sur la vente de la quote-part indivise du bien appartenant à un autre indivisaire. On parlera en général ici de protection de l'intérêt des indivisaires afin qu'aucune personne tierce à l'indivision ne puisse y entrer. Mais plus que la protection d'un intérêt particulier on peut également voir ici la volonté du législateur de faire cesser l'indivision en octroyant un droit de préemption aux coindivisaires du cédant.

2° La hiérarchie des droits de préemption lorsque plusieurs d'entre eux sont applicables

10. - L'importance du nombre de droits de préemption différents potentiellement applicables lors d'une vente immobilière conduit logiquement à se poser la question de la hiérarchie entre ces différents droits lorsque plusieurs d'entre eux sont potentiellement applicables. Lorsque les droits de préemption sont de nature différente, en principe, une hiérarchie doit être établie. Toutefois, il n'existe pas de principe général permettant de résoudre tous les conflits opposant des droits légaux de substitution de nature différente. On pourra toutefois noter qu'en règle générale lorsqu'un droit de préemption protégeant l'intérêt public est en conflit avec un droit de préemption protégeant un intérêt particulier, c'est traditionnellement le droit protégeant l'intérêt public qui primera. On notera toutefois une exception pour le droit de préemption de la Safer qui s'efface devant le droit de préemption du preneur à bail rural (*C. rur. pêche marit., art. L. 143-6*).

11. - Lorsque plusieurs droits de préemption étant de même nature ont vocation à s'appliquer concurremment, aucune hiérarchie ne peut alors naturellement être dégagée. C'est donc, comme nous le verrons ci-après, les textes ou à défaut la jurisprudence qui auront vocation à créer une hiérarchie entre les droits de préemption de même nature :

- en matière d'indivision l'article 815-14, alinéa 4 du Code civil précise qu'au cas où « *plusieurs indivisaires exercent leur droit de préemption, ils sont réputés, sauf convention contraire, acquérir ensemble la portion mise en vente en proportion de leur part respective dans l'indivision* » ;
- en matière de droit de préemption des locataires les conflits ne peuvent pas intervenir entre les titulaires de bail rural, d'habitation ou commercial puisque chacun de ces statuts est exclusif de l'autre. Néanmoins en matière de bail d'habitation le locataire peut le cas échéant bénéficier d'un droit de préemption basé tant sur l'article 15-II de la loi du 6 juillet 1989 que sur l'article 10-I de la loi du 31 décembre 1975 . La Cour de cassation a tranché ce conflit entre droits de préemption en décidant que le bailleur était libre de purger le droit de préemption de son choix au locataire si plusieurs d'entre eux étaient applicables ^{Note 7} ;

- pour ce qui est du potentiel conflit entre le droit de préemption urbain et le droit de préemption de la Safer d'Île-de-France peut s'appliquer le décret du 20 février 2014 qui prévoit que le droit de préemption de la Safer ne pourra jouer que si le titulaire du droit de préemption urbain n'a pas exercé son droit.

3° Les principales nouveautés en matière de droits de préemption en 2014 avec les lois Alur et Pinel

a) Loi Alur

12. - On passera rapidement sur le fait que ce sont les établissements publics de coopération intercommunale qui définissent les zones soumises au DPU et ce sont eux qui l'exercent. Les préfets quant à eux ont vocation à instituer et exercer ce droit de préemption dans les communes ayant fait l'objet d'un arrêté de carence pour non-respect des quotas de logements sociaux.

13. - Les principales nouveautés édictées par la loi Alur en matière de droit de préemption sont les suivantes : • Les parts de SCI - Ce point n'a pas trait directement au droit de préemption applicable en matière de vente d'immeuble mais il nous paraissait toutefois pertinent de le mentionner étant donné que la cession de parts de SCI peut indirectement conduire à la cession d'un actif immobilier. Il existait d'ores et déjà un droit de préemption pour les parts de SCI lorsque la cession porte sur la majorité des titres et que la société ne détient qu'une unité foncière bâtie ou non. Ce droit de préemption ne joue toutefois pas lorsque la société est constituée entre personnes parentes et alliés jusqu'au quatrième degré. La loi Alur y a apporté une extension en prévoyant que dorénavant les cessions de parts conduisant l'acquéreur à devenir majoritaire dans la société devaient être soumises au droit de préemption. La loi a également élargi le champ d'application du texte puisque la cession de parts de SCI n'est plus visée à l'article L. 211-4 du Code de l'urbanisme mais à l'article L. 213-1 du même Code. Cela signifie que les cessions de parts susvisées sont maintenant soumises au DPU simple et renforcé et non plus au seul DPU simple. Il a été question d'obliger à ce que la cession de parts de SCI soumises au DPU soit faite par un acte dressé par notaire avocat ou expert-comptable. Cette disposition a cependant été censurée par le Conseil constitutionnel et ne s'applique donc pas. On notera également une disposition surprenante avec l'article L. 213-1-2 du Code de l'urbanisme qui vise les apports de biens immobiliers. La disposition n'apporte guère de nouveauté car l'apport à une société est une opération qui était déjà soumise au DPU. L'apport du texte réside donc plus dans les modalités de purge qui obligent à accompagner la DIA d'un état de la situation sociale, financière et patrimoniale de la SCI. On peut penser qu'il y a ici une volonté de contrôle en amont sur les personnes amenées à détenir des droits sur les biens immobiliers. Il faut toutefois tempérer ces évolutions concernant les parts de sociétés puisqu'il reste toujours aisé d'échapper au DPU pour la cession de parts de société, soit en détenant plusieurs actifs immobiliers soit en optant pour une forme sociale autre que la SCI, sachant que cette dernière option peut toutefois s'avérer coûteuse avec un assujettissement à l'IS. • Droit de préemption résiduel de la commune - Ce droit créé par la loi Alur vient se surajouter au DPU classique lors de la vente d'un lot de copropriété après la mise en copropriété de l'immeuble en complétant l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975. La loi a étrangement voulu donner la possibilité au maire de la commune d'assurer le maintien dans les lieux des locataires en donnant à la commune un droit de « préemption » subsidiaire si le locataire ne préempte pas les biens dans le cadre de la purge prévue à l'article 10 de la loi de 1975. Ici la commune bénéficiera d'un délai de deux mois pour se prononcer comme pour un droit de préemption classique. Le locataire quant à lui devra être informé de cette possibilité de préemption par la commune lorsque son propre droit de préemption sera purgé. • Les immeubles neufs- La loi Alur ramène à quatre ans au lieu de dix à compter de l'achèvement auparavant les biens exclus du DPU. • La cession d'immeuble par des organismes HLM - Elle entre désormais aussi dans le champ du droit de préemption urbain. Toutefois, le texte précise ici que le droit de préemption du locataire (*CCH, art. L. 443-11*) l'emporte sur le DPU. La précision est importante car en cas de conflits entre droits de préemption privés et publics il est de jurisprudence constante que le droit de préemption public l'emporte, l'intérêt général devant prévaloir sur l'intérêt particulier. • L'article L. 213-1-1 du Code de l'urbanisme intègre également dans le champ d'application du DPU les mutations à titre gratuit (seulement les donations pas les legs a priori si on regarde les travaux parlementaires). Cette disposition plus que surprenante de prime abord a été introduite dans la loi dans le but de lutter contre les donations fictives faites pour échapper au DPU. C'est pour cette raison que les donations entre parents jusqu'au 6e degré et les donations entre personnes mariées ou pacsées sont exclues du champ d'application du DPU. Les donations visées sont donc extrêmement réduites. Néanmoins cette disposition pourrait causer beaucoup de torts pour les donations faites à des associations. À noter que dans ce cas de droit de préemption un peu particulier, la DIA ne comportera pas de prix. S'il y a préemption elle se fera au prix donné par les services fiscaux par le biais de l'évaluation faite par l'administration des domaines.

b) Loi Pinel

14. - Un nouveau droit de préemption est créé au bénéfice du locataire, applicable à toute cession d'un local intervenue depuis le 18 décembre 2014 (*L. n° 2014-626, 18 juin 2014, art. 21 III*). Lorsque le propriétaire d'un local à usage commercial ou artisanal envisage de vendre celui-ci, le droit de préemption ne joue pas :

- en cas de cession unique de plusieurs locaux d'un ensemble commercial ou de locaux commerciaux distincts ;
- en cas de cession globale d'un immeuble comprenant des locaux commerciaux ;
- en cas de cession d'un local au conjoint du bailleur, à un ascendant ou un descendant du bailleur ou de son conjoint ou au copropriétaire d'un ensemble commercial.

15. - La question a pu en outre se poser pour savoir si le présent droit de préemption pouvait s'appliquer pour des biens loués à usage de bureaux mais soumis au statut des baux commerciaux ^{Note 8} .

16. - Cette inclusion des locaux à usage de bureaux dans le champ d'application du droit de préemption instauré par la loi Pinel ne nous paraît toutefois pas pertinente dans la mesure où le droit de préemption étant comme on l'a vu ci-dessus une atteinte au droit de disposer de ses biens, il doit s'interpréter de façon stricte. En outre la lecture du texte ne permet pas de penser que les bureaux puissent être inclus dans le champ d'application de ce droit puisque seuls les locaux à usage commerciaux et artisanaux sont visés. C'est d'ailleurs l'argument soulevé par le Cridon de Paris ^{Note 9} pour conclure que les locaux à usage de bureaux ne doivent pas entrer dans le champ d'application du droit de préemption instauré par la loi *Pinel*.

B. - Inventaire des utilisations du pacte de préférence

17. - Entre les droits de préemption institués par la loi et les droits créés par les pactes de préférence, qui ont le même objet, instituer une priorité à l'acquisition d'un immeuble, un certain phénomène de vases communicants peut se produire : Instituez un droit légal de préemption au profit du locataire, et il n'est plus utile de stipuler un pacte de préférence dans le bail au profit du locataire, comme cela se faisait très récemment encore en l'absence de préférence légale : mais aujourd'hui, le preneur à bail rural, le preneur à bail d'habitation et même maintenant le locataire d'un local à usage commercial ou artisanal (*C. com.*, art. L. 145-46-1, créé par la loi du 18 juin 2014) sont dotés de la prérogative légale ; plus besoin de chercher à négocier une priorité conventionnelle pour le cas de vente des biens loués ! Cependant le vase des droits de préférence contractuels a une bonne aptitude à se remplir : c'est la malléabilité du contrat qui lui permet de répondre immédiatement à tout nouveau besoin qui se présente.

1° Le pacte de préférence comme instrument de conservation des biens dans la famille

18. - Le pacte de préférence avant une vente d'immeuble trouve un terrain particulièrement favorable dans les relations familiales : c'est un bon instrument de *conservation des biens dans la famille*.

19. - Il se rencontre assez fréquemment, dit-on, dans les partages successoraux ou les donations-partages (s'il y en a encore ! : les biens du défunt ou de l'ascendant donateur sont partagés entre ses enfants ; mais si ceux-ci sont tous attachés à ces biens familiaux qui sont repartis entre eux et qui ont pour eux une valeur plus que pécuniaire, mais aussi affective et sentimentale, grâce à la stipulation de priorité insérée dans la convention de partage ou la donation-partage, une préférence réciproque peut être instituée au profit des copartageants si d'aventure l'un d'entre eux venait à vendre tel ou tel de ces biens.

20. - Un tel droit de préférence peut également être créé à l'occasion d'une donation simple, comme une charge de cette libéralité : le donateur pourrait chercher à grever le bien donné d'une inaliénabilité (*C. civ.*, art. 900-1) ; sans aller jusque-là, il peut tout de même souhaiter qu'en cas de vente, l'immeuble donné soit d'abord proposé à certaines personnes désignées (et au premier chef, les cohéritiers présomptifs du donataire) ^{Note 10} : le droit de préférence naît alors d'une stipulation pour autrui insérée dans la libéralité, stipulation convenue entre le donateur, stipulant, et le donataire, promettant, au profit d'un tiers bénéficiaire.

2° Mais également instrument de conservation parmi les voisins

21. - De la famille, on peut passeraux voisins : voici deux propriétaires de chambres de bonnes contiguës ; ils se promettent mutuellement que celui des deux qui envisagera le premier de vendre sa chambre la proposera prioritairement à l'autre. C'est le droit de priorité au profit des copropriétaires qu'on a stipulé dans le règlement de copropriété en cas de vente d'un lot à usage de stationnement au sein de la copropriété ^{Note 11} . Ou bien ce sont des fonds de terre, des parcelles que l'on guette depuis des générations, et qu'il ne faut pas laisser passer, lorsqu'elles viennent à être vendues : mais pourquoi donc leur propriétaire accepterait-il de consentir un droit de préférence à une autre personne ? Peut-être parce que ce propriétaire a été amené déjà à vendre une partie de ses biens et que l'acquéreur a négocié lors de cette première vente l'insertion d'un pacte de préférence pour le cas où il y en aurait d'autres : le pacte est alors un moyen de compléter un fonds de terre ^{Note 12} , d'agrandir une exploitation.

3° Utilisation en droit des affaires

22. - Et puis l'on peut gagner le monde des affaires ; tout particulièrement un monde où les sentiments n'ont aucune place, comme celui de la grande distribution. Il est bien connu que le pacte de préférence y est très fréquemment utilisé. Cela tient aux contraintes qui freinent l'implantation des grands magasins : lorsqu'un réseau tient un point de vente, il n'est pas question de le laisser partir chez un concurrent ! Le contrat de distribution liant l'organisateur du réseau et le commerçant affilié contiendra ainsi un pacte de préférence, portant il est vrai peut-être surtout sur le fonds de commerce ou le bail commercial des locaux, mais aussi, pourquoi pas, le cas échéant, sur les murs dont l'exploitant serait directement ou indirectement propriétaire.

4° L'utilisation du pacte de préférence à des fins anti-spéculatives

23. - L'époque récente a vu apparaître encore une nouvelle utilisation du pacte de préférence, qui montre parfaitement l'inventivité toujours à l'œuvre en matière contractuelle et l'utilité que peut conserver la préférence contractuellement organisée quand bien même serait aussi en place un droit de préemption légal. Il s'agit de l'utilisation du pacte de préférence à des fins anti-spéculatives. Le pacte est ici stipulé dans une vente et il l'est au profit du vendeur. C'est d'ailleurs une figure classique de pacte de préférence que celui stipulé au profit d'un vendeur : un vendeur obligé, pour des raisons financières, de vendre un bien immobilier et qui souhaite pouvoir le récupérer s'il revient à meilleure fortune. Bien entendu l'idée d'une vente à réméré, aujourd'hui appelée vente à pacte de rachat, vient à l'esprit ; mais la faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années (*C. civ., art. 1660*) ; un pacte de préférence peut ainsi présenter une utilité, en complément du pacte de rachat, pour une période ultérieure. Classique.

24. - Mais dans l'application anti-spéculative de la vente avec pacte de préférence stipulé au profit du vendeur, celui-ci, en réalité, ne cherche pas véritablement à racheter le bien : il veut seulement empêcher que son acquéreur ne fasse de son acquisition un moyen de spéculation et n'en tire un profit à trop bon compte. Concrètement, l'hypothèse est tout particulièrement celle d'une commune désireuse de contribuer à résoudre les difficultés de logement des ménages sur son territoire : le prix des immeubles d'habitation est trop élevé pour que des ménages aux revenus moyens ou modestes, et donc aux capacités financières trop faibles, puissent les acquérir. Comment les aider ? Voici que cette commune dispose d'un peu de foncier. Elle envisage de réaliser une opération de lotissement et elle est prête à vendre les parcelles à un prix relativement bas pour que les habitations à édifier ressortent en définitive à un prix plus bas qu'aux alentours. Mais elle ne veut pas, et on la comprend, que les particuliers, qui achèteront ces parcelles ou les immeubles construits, profitent de l'aubaine pour réaliser une spéculation à bon compte. Le pacte de préférence fournit une bonne réponse : il suffit d'insérer dans l'acte de vente de chaque lot (dans notre exemple) une clause par laquelle, pendant X années (par exemple 15, 20, 25), avant toute revente à un tiers, le rachat devra être proposé à la commune moyennant le prix d'acquisition initial, éventuellement majoré du prix de revient de la construction si le terrain est revendu bâti, le tout réactualisé en fonction d'un indice adapté, qui peut au premier chef être l'indice Insee du coût de la construction.

25. - La validité de cette clause a été contestée en justice par un acquéreur, qui précisément entendait revendre le terrain à un tiers en réalisant lui-même une forte plus-value. Mais la Cour de cassation, dans un arrêt très clair et parfaitement motivé du 23 septembre 2009, a au contraire admis la validité de cette stipulation « qui avait été librement convenue » et qui avait « pour but, en fixant d'ores et déjà un prix, institué pour une durée de vingt ans, d'empêcher la spéculation sur le bien dans un contexte marqué par la rareté de l'offre et le décrochage des possibilités financières de la plupart des ménages par rapport à l'envolée des prix de l'immobilier », alors que les acquéreurs « avaient bénéficié, en contrepartie de son acceptation, de la possibilité d'accéder à un marché protégé de la spéculation immobilière » ^{Note 13}. On remarquera que le droit de préemption urbain dont la commune peut bénéficier ne prive pas d'utilité une telle clause, car le DPU, droit purement légal, ne se prête pas à une préfixation de son prix d'exercice. Le pacte de préférence, expression de la liberté contractuelle dans sa composante de libre détermination du contenu du contrat, se prête lui à cette inventivité.

26. - Il faut dire qu'en la matière, les contraintes sont assez limitées. Pour la jurisprudence la prédétermination du prix du contrat envisagé n'est pas une condition de validité du pacte de préférence ^{Note 14}, ce qui est logique puisque celui qui consent le droit de préférence ne s'est pas encore engagé à vendre ; pas plus la stipulation d'un délai n'est-elle en principe nécessaire ^{Note 15}. Sur ce dernier point, indiquons que la stipulation d'une date limite est souvent conseillée, afin d'éviter que le pacte ne soit qualifié d'engagement à durée indéterminée et donc ne soit susceptible de résiliation unilatérale à tout moment comme en principe tout contrat à durée indéterminée. Il est vrai qu'il n'existe pas d'unanimité doctrinale sur ce point ^{Note 16} ; mais on trouve bien de la jurisprudence en ce sens ^{Note 17}.

27. - En outre, si le prix de la vente éventuelle est prédéterminé - notamment dans le cas où le pacte a un objectif anti-spéculatif -, la stipulation de préférence représente d'une certaine façon une interdiction de vendre à un prix supérieur, et donc une limitation dans le temps paraît bien s'imposer comme elle s'impose pour les clauses d'inaliénabilité ^{Note 18}. Enfin le rédacteur du pacte de préférence, usant de la liberté contractuelle, sera très bien inspiré d'y prévoir en détail l'objet précis du pacte et les modalités d'exercice du droit de préférence, puisque la loi ne prévoit rien à ce sujet. De la sorte, la phase de mise en œuvre aura été bien préparée, mise en œuvre que nous abordons maintenant.

2. La mise en œuvre des droits de préférence et de préemption

28. - Lors de la vente d'immeuble, la mise en œuvre de ces droits passe parce que la pratique appelle « la purge » : purge des droits de préemption légaux, mais aussi des droits de préférence issus de pactes de préférence qui ne sont rien d'autre que des droits de préemption d'origine conventionnelle.

29. - La purge, qui aboutit tantôt à ce que la vente se réalise en définitive avec les titulaires de ces droits de priorité qui décident de les exercer, ou au contraire, assez souvent, à une renonciation à leur exercice, représente le quotidien, la situation normale et très courante qu'on étudiera dans un premier temps (A). Mais il y a aussi les cas pathologiques, les difficultés particulières qui peuvent se présenter et qu'illustrent le cas échéant quelques décisions de justice, qu'il est

important de connaître car cela peut conduire à prendre à l'avenir quelques précautions. On verra ces cas pathologiques dans un second temps (B).

A. - La purge

1° La purge des droits de préemption

a) Principes généraux

30. - Du point de vue de la mise en œuvre du droit de préemption, le processus commence de façon générale par une notification au titulaire du droit de préemption. Quant à la forme de cette notification, elle varie suivant le type de droit de préemption, chaque droit ayant son régime propre. En règle générale cette notification peut se faire par courrier recommandé avec accusé de réception ou par acte extrajudiciaire, à noter que la purge du droit de préemption des indivisaires ne peut se faire quant à elle que par le biais d'une notification par acte extrajudiciaire.

31. - Quant au contenu de la notification, il doit au minimum contenir le prix et les conditions de l'aliénation, c'est-à-dire reprendre les éléments essentiels à la validité de la vente (*C. rur. pêche marit., art. L. 412-8, al. 1er, et R. 143-4, al. 1er. - C. urb., art. L. 213-2, al. 1er. - C. civ., art. 815-14*). Toutefois dans certains cas les textes peuvent aller également plus loin en imposant des informations complémentaires comme par exemple l'identité de l'acquéreur, son adresse ou sa profession. Quant au délai dans lequel le droit de préemption doit être exercé, il varie suivant les droits de préemption en cause mais force est de constater que ce délai est en général de deux mois et que le silence du bénéficiaire vaut en général renonciation au droit de préemption. Ce délai s'applique en effet au droit de préemption du preneur à bail rural ou de la Safer (*C. rur. pêche marit., art. L. 412-8, al. 3*), au droit de préemption de la commune sur les fonds de commerce, artisanaux et baux commerciaux (*C. urb., art. L. 214-1*), ainsi qu'aux droits de préemption urbain (V. toutefois *infra* les modifications apportées par la loi Alur) et ceux qui sont relatifs aux zones d'aménagement différé et aux périmètres provisoires (*C. urb., art. L. 211-5 et L. 213-2*). C'est encore un délai de deux mois qui encadre l'exercice du droit de préemption offert au locataire d'un immeuble à usage d'habitation ou mixte par la loi n° 75-1351 du 31 décembre 1975 (*L. n° 75-1351, 31 déc. 1975, art. 10, I, al. 2*). Le seul délai plus bref est le délai d'un mois qu'impose l'article 815-14 du Code civil aux indivisaires. En sens inverse, le seul délai plus long est le délai de quatre mois dont bénéficient les locataires en cas de vente en bloc de l'immeuble (*L. n° 75-1351, 31 déc. 1975, art. 10, I, al. 4*). Quant à la réponse du titulaire du droit de préemption, il est à noter que la renonciation au droit de préemption est en principe irrévocable, c'est, à tout le moins, ce qu'a décidé le Conseil d'État, s'agissant du DPU ^{Note 19}.

32. - Toutefois, la question a pu se poser de savoir si le droit de préemption devait être réouvert lorsque les conditions de la vente projetée sont restées similaires, mais que la personne de l'acquéreur a changé. Le Conseil d'État répond en principe par la négative ^{Note 20}. Toutefois pour le droit de préemption urbain la loi Alur est venue préciser dans un alinéa deux de l'article L. 213-8 de Code de l'urbanisme que « *si le propriétaire n'a pas réalisé la vente de son bien sous forme authentique dans le délai de trois ans à compter de la renonciation au droit de préemption, il dépose une nouvelle déclaration préalable mentionnée à l'article L. 213-2* ».

b) Nouveautés en matière de purge du droit de préemption instauré par la loi Alur :

33. - En plus de modifier et de créer certains droits de préemption la loi Alur a également modifié substantiellement les modalités de purge et d'exercice du droit de préemption urbain, ce qui se traduit notamment par une obligation d'information renforcée lors de la purge du droit de préemption urbain. Afin d'aller à l'encontre de la jurisprudence le législateur a ajouté dans l'article L. 213-2 du Code de l'urbanisme l'obligation de joindre à la DIA les informations données par le vendeur aux termes de l'article L. 514-20 du Code de l'environnement qui dispose que « *Lorsqu'une installation soumise à autorisation ou à enregistrement a été exploitée sur un terrain, le vendeur de ce terrain est tenu d'en informer par écrit l'acheteur ; il l'informe également, pour autant qu'il les connaisse, des dangers ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation* ». Il s'agit donc ici de joindre à la DIA les informations sorties des bases de données Basias Basol et ICPE. Le fait que le texte ne vise que les terrains laisse à penser que les ventes de lots de copropriété (verticales) ne soient pas concernées par ces dispositions.

34. - La DIA devra également contenir un rapport sur la salubrité du bien si l'on se trouve dans le cas d'une copropriété « dégradée » (*CCH, art. L. 741-1*) pour laquelle un renforcement du DPU a été adopté.

35. - Concernant le délai de préemption deux nouveautés d'importance ont été introduites par la loi Alur :

- possibilité de demander des pièces complémentaires sur la consistance du bien. Cette demande ne peut être faite qu'une fois ;
- possibilité pour la commune de demander une visite des biens. Étrangement cette demande de visite peut faire l'objet d'un refus de la part du propriétaire contre lequel il est impossible de passer outre même par le biais d'une décision de justice. Toutefois ce refus pourrait se retourner contre le vendeur qui en cas de préemption pourrait se

voir attaqué par le préempteur sur le fondement de la garantie des vices cachés. Dans cette hypothèse, il n'est pas certain qu'une clause évasive de responsabilité pour le vendeur pourrait produire ses effets puisque l'on pourrait considérer que le vendeur est de mauvaise foi.

36. - Dans ces deux cas il est prévu que la demande de pièces ou de visite faite par le bénéficiaire du droit de préemption aura pour effet de suspendre le délai de préemption qui recommencera à courir une fois la visite faite ou les documents transmis.

37. - Cette nouvelle mesure pourra donc avoir pour effet d'allonger de façon substantielle le délai de préemption et ainsi « bloquer » des ventes sachant qu'en général il est prévu un délai de trois mois entre la promesse et la vente. Il conviendra donc d'adresser au plus vite la DIA à la commune (en pratique dès que la purge du délai de rétractation est faite) et prévoir le cas échéant des délais de réalisation un peu plus long notamment en matière de « vente en chaîne ». Il est à noter que ces dispositions ne sont toutefois pas encore entrées en vigueur puisque des décrets d'application doivent être pris à ce sujet pour d'une part fixer la liste des documents qui peuvent être demandés par la commune et d'autre part fixer les modalités de demande de visite du bien ^{Note 21} .

2° La purge du droit de préférence

38. - Le droit de préférence au contraire du droit de préemption qui est d'origine légale, offre une liberté contractuelle totale aux parties pour définir les modalités de purge et d'exercice du droit par le bénéficiaire. On pourra donc s'attarder sur les principaux éléments à prévoir dans le pacte afin que la purge du droit de préférence et l'exercice éventuel de ce droit par le bénéficiaire soient le plus clairement exprimés afin d'éviter tout litige, on pourra notamment examiner les trois éléments principaux relatifs à la purge du droit de préférence, savoir :

a) Le procédé de notification de son droit au bénéficiaire du pacte

39. - L'acte devra prévoir le moyen aux termes duquel le droit de préférence sera purgé. Les moyens les plus classiques utilisés seront ceux utilisés pour la purge des droits de préemption à savoir la notification par courrier recommandé avec accusé de réception ou la notification par acte extrajudiciaire. Pour des raisons de preuve, il est utile de prévoir que la notification formulée par le promettant au bénéficiaire du pacte doit être signifiée par huissier, de préférence à la lettre recommandée. Réciproquement, la décision du bénéficiaire d'exercer son droit de préférence doit se faire dans les mêmes formes. Reste qu'on prévoit souvent le recours à des LRAR. On ne peut alors exercer son droit de préemption par la signification d'une assignation en justice. Certes, l'article 651 du Code de procédure civile prévoit que « *les actes sont portés à la connaissance des intéressés par la notification qui leur en est faite. La notification faite par acte d'huissier de justice est une signification. La notification peut toujours être faite par voie de signification alors même que la loi l'aurait prévue sous une autre forme* ». Mais la Cour de cassation considère que l'article 651 ne joue qu'en matière contentieuse, ce que n'est pas une manifestation de volonté de préempter ^{Note 22} .

40. - Le praticien chargé de procéder à la notification du projet de vente est parfois embarrassé parce qu'il n'a pas les coordonnées du bénéficiaire, celui-ci ayant par exemple déménagé à une adresse inconnue du promettant. Afin d'éviter la difficulté, il convient de prévoir, au moment de la signature du pacte, que le bénéficiaire s'engage à signaler au promettant tout changement d'adresse, et qu'à défaut, la notification lui sera faite à la dernière adresse connue.

b) La durée pour opter par le bénéficiaire du pacte

41. - Comme on l'a vu ci-dessus le pacte doit comprendre deux durées en principe, celle de sa durée de validité et celle qui nous intéresse en l'espèce, à savoir la durée pendant laquelle le bénéficiaire du pacte de préférence pourra faire connaître sa décision d'acquiescer ou non les biens qui lui sont proposés. L'acte devra prévoir outre le délai à proprement parler, le point de départ de ce délai ainsi que les modalités prévues pour que le bénéficiaire du pacte fasse connaître sa position. À défaut de durée exprimée dans le pacte, le bénéficiaire du pacte pourra être sommé dans un délai raisonnable par le débiteur de se prononcer faute de quoi il sera réputé avoir renoncé à son droit de préférence.

42. - Les modalités prévues pour que le bénéficiaire exprime sa position : Dans ce cas on prévoira en général des dispositions assez similaires à celles prévues pour le droit de préemption urbain à savoir une réponse sous forme écrite à l'attention du débiteur du pacte. Il sera également nécessaire de stipuler quelle date entre la date de réception ou d'émission de la réponse sera retenue le cas échéant pour savoir si le bénéficiaire du droit a pu valablement s'en prévaloir.

B. - Quelques cas pathologiques

43. - Tout ne se passe pas toujours bien dans la mise en œuvre des droits de préférence et de préemption. Évoquons quelques difficultés, en progressant dans la complexité.

1° Premier cas

44. - L'immeuble est vendu alors que les droits n'ont pas été purgés, que ce ne soit pas du tout ou pas correctement.

a) Pour les droits légaux, les textes prévoient un arsenal de sanctions assez disparates :

45. - S'agissant des droits de préemption *en matière rurale*, que ce soit du preneur ou de la Safer (*C. rur. pêche marit., art. L. 143-8 et R. 143-20*) : • Vente sans purge : le preneur ou la Safer est en droit de demander la nullité de la vente et des dommages et intérêts dans les six mois à compter du jour où la vente lui est connue (*C. rur. pêche marit., art. L. 412-12*).

La jurisprudence ^{Note 23}, s'en tenant au texte, exclut ici la substitution, ce que certains expliquent en disant que la substitution forcée pourrait être préjudiciable au titulaire du droit qui n'aurait pas eu connaissance des conditions de vente ^{Note 24}. • Mais si le propriétaire vend son fonds à un tiers avant l'expiration du délai d'exercice du droit de préemption ou à des conditions différentes de celles qui ont été notifiées, la nullité de la vente se complète de la substitution du titulaire du droit de préemption, qui doit être déclaré acquéreur au lieu et place du tiers par le tribunal (*C. rur. pêche marit., art. L. 412-10*).

46. - Pour le droit de préemption du preneur à *bail d'habitation* les textes envisagent la nullité du congé pour vendre si celui-ci n'indique pas le prix et les conditions de la vente projetée (*L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 15, II, al. 1er*) : si le congé est nul, le titre d'occupation des lieux par le locataire reste intact. Et en cas de vente à un tiers à des conditions finalement plus avantageuses pour l'acquéreur, l'obligation de purger une deuxième fois le droit de préemption du locataire est sanctionnée cette fois, en cas d'inexécution, par la nullité de la vente (*L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 15, II, al. 4*). En revanche, la substitution n'est pas prévue. Elle ne l'est pas non plus par la loi du 31 décembre 1975 (préemption en cas de vente, après la division de l'immeuble, de logements loués) ; mais la nullité de la vente est prévue pour sanctionner l'absence de notification des conditions de la vente au locataire soit lors de la première détente, soit lors de la deuxième détente de son droit de préemption ^{Note 25}. Et c'est la même chose pour le droit de préemption de la commune ici ^{Note 26}.

47. - L'article 815-16 du Code civil frappe de *nullité* toute cession par un indivisaire de son droit indivis opéré au mépris des dispositions relatives au droit de préemption de ses coindivisaires.

48. - Quant au Code de l'urbanisme, il fait de la déclaration d'intention d'aliéner (DIA) nécessaire à la mise en œuvre du droit de préemption urbain (DPU) ou du droit de préemption dans les zones d'aménagement différé une condition de validité de l'aliénation projetée : l'exécution de cette formalité préalable est expressément édictée « à peine de nullité » de l'aliénation (*C. urb., art. L. 213-2*).

49. - Enfin la loi du 18 juin 2014 a été beaucoup moins claire pour la sanction du nouveau droit de préemption qu'elle a institué en cas de vente d'un local à usage commercial ou artisanal. La notification qui doit être faite au locataire doit « à peine de nullité », dit le texte (*C. com., art. L. 145-46-1*), indiquer le prix et les conditions de la vente envisagée et reproduire certaines dispositions (*C. com., art. L. 145-46-1, al. 5*). Nullité de la notification ou nullité de la vente ? De l'accumulation des textes prévoyant par ailleurs la nullité de la vente, comme on vient de le voir, on sera enclin à retenir ici aussi cette solution.

b) Pour le pacte de préférence

50. - La sanction de sa violation n'est évidemment pas précisée par les textes, qui ne le réglementent pas (en tout cas aujourd'hui). La jurisprudence s'en est chargée. Évidemment des dommages et intérêts fondés sur la responsabilité civile contractuelle peuvent être octroyés à la victime de la violation. Celle-ci peut aussi obtenir l'annulation de la vente, mais à condition que le tiers acquéreur ait été de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il ait eu connaissance de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir ^{Note 27}, ce qui caractérise une fraude... corrompant tout, même l'acte de vente passé avec le tiers.

51. - La question d'une éventuelle substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur a été l'objet d'une évolution jurisprudentielle. Une longue période de refus s'est achevée par un arrêt de chambre mixte du 26 mai 2006 ^{Note 28}, qui a admis cette possibilité, à condition toutefois qu'il soit démontré que le tiers ait eu connaissance de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ^{Note 29} : démonstration évidemment difficile, mais qui dans certains cas n'est pas impossible ^{Note 30}. Progressons dans la pathologie.

2° Deuxième cas

52. - Le titulaire du droit de préférence a bien été mis en mesure par le propriétaire d'exercer son droit avant la vente qu'il projette, mais voici que *le propriétaire décède ou change d'avis : il ne veut plus vendre à cette personne, avant qu'elle ne manifeste la volonté d'acquiescer*.

a) S'il s'agit d'une préférence d'origine contractuelle

53. - La proposition d'acquérir faite au bénéficiaire du pacte est nécessairement une offre et elle suit le régime juridique de celle-ci, tel qu'il paraît ressortir de la jurisprudence contemporaine qui distingue de plus en plus nettement selon que l'offre est assortie ou non d'un délai :

- si oui, l'offrant ne peut la rétracter librement, et en cas de décès avant l'expiration du délai, ses héritiers doivent également la respecter ;
- si non, les solutions sont inverses et spécialement l'offre est rendue caduque par le décès, comme vient de l'affirmer très clairement la Cour de cassation ^{Note 31} .

b) S'il s'agit d'un droit de préemption prévu par la loi

54. - Le raisonnement part de la même base, car la notification des conditions de la vente projetée ou de la déclaration d'intention d'aliéner est classiquement analysée en offre de vente ^{Note 32} : plusieurs textes le disent d'ailleurs expressément (*ex* : *C. rur. pêche marit.*, art. L. 412-8 . - L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 15, II, al. 1er et al. 4 . - L. n° 75-1351, 31 déc. 1975, art. 10, I, al. 1er).

55. - Tout dépend alors de savoir si cette offre est ou non assortie d'un délai de « validité », pendant lequel le propriétaire ne peut la retirer. Tel est le cas par exemple de l'offre de la loi du 6 juillet 1989, lors de la deuxième détention du droit de préemption : « *cette offre est valable pendant une durée d'un mois à compter de sa réception. L'offre qui n'a pas été acceptée dans le délai d'un mois est caduque* » (L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 15, II, al. 4). C'est la même chose pour la purge du droit de préemption de la loi du 31 décembre 1975 (L. n° 75-1351, 31 déc. 1975, art. 10, I, al. 4). Ici, le décès du propriétaire vendeur pendant le délai est sans effet, comme sa rétractation impossible.

56. - En revanche, lorsque la loi indique simplement, comme dans l'article L. 213-2 du Code de l'urbanisme au sujet du DPU, que le silence du titulaire pendant deux mois vaut renonciation à son droit de préemption, on peut soutenir que ce délai n'est pas exactement un délai de validité de l'offre pendant lequel le propriétaire serait tenu de la maintenir. Et c'est le résultat qu'a admis très récemment la Cour de cassation, dans un arrêt du 17 septembre 2014, en affirmant, on ne peut plus clairement, que « l'offre de vente résultant de la déclaration d'intention d'aliéner constituait jusqu'à son acceptation par le titulaire du droit de préemption une simple pollicitation qui pouvait être rétractée unilatéralement » ^{Note 33} - si bien qu'ici la décision de la commune de préempter n'avait pas pu prendre effet car sa notification n'était intervenue qu'après la révocation de l'offre -. Une question vient toutefois à l'esprit, car cette offre était elle-même consécutive à la signature d'un compromis de vente avec un tiers acquéreur, comme d'habitude ! Comment, dès lors, les vendeurs pouvaient-ils se retirer unilatéralement de l'opération ? Ils ne le pouvaient qu'en obtenant l'accord de leur candidat-acquéreur, et en procédant à la révocation par consentement mutuel du compromis (*C. civ.*, art. 1134, al. 2). Dégagés de l'avant-contrat, les propriétaires pouvaient ensuite retirer leur « offre » à l'égard de la commune, et cette fois, unilatéralement !

57. - Résultat choquant ? Certainement pas, surtout si l'on prend le soin de rappeler qu'il aurait même pu être organisé à l'avance, avec automaticité : c'est la condition suspensive de non-préemption - la vraie -, qui est tout à fait adaptée pour le propriétaire qui ne veut surtout pas vendre au titulaire d'un droit de préemption : si celui-ci préempte, la condition défaille et l'avant-contrat dans lequel s'était engagé le propriétaire à l'égard d'un tiers intéressé est frappé d'une entière caducité. La validité de cette condition est admise par la jurisprudence ^{Note 34}, sauf là où la loi la prohibe, c'est-à-dire au sujet de la Safer (*C. rur. pêche marit.*, art. L. 143-5) ^{Note 35} .

3° L'annulation de la décision de préemption

58. - C'est la dernière étape de cet examen des cas pathologiques : voici maintenant que le droit de préemption a été exercé et que la vente a été conclue avec le titulaire de ce droit, le candidat acquéreur intéressé s'étant de ce fait trouvé écarté de l'opération. Mais *la décision de préemption est attaquée... et quelques années plus tard, en justice elle est annulée !*

59. - Si rien n'a été prévu dans l'avant-contrat de vente conclu avec le tiers intéressé, tout juste une très courante « condition suspensive de non-préemption » sans précision particulière (son objet était seulement de libérer le tiers acquéreur), la logique de l'anéantissement rétroactif produit par la nullité va se combiner avec la condition suspensive : tout se passe comme si le titulaire du droit de préemption n'avait pas préempté ; rétroactivement la condition suspensive n'a pas défailli, mais s'est réalisée... et le contrat de vente s'est formé avec le tiers intéressé ! Lorsque cet enchaînement mécanique a été présenté en justice, avec succès, dans une affaire jugée en 2005 ^{Note 36}, c'était à la demande du candidat acquéreur initial, qui voulait toujours acquérir. Parfait ! Mais une autre fois ce pourrait être à la demande du vendeur, trop content de tenir à sa disposition un acquéreur... mais qui peut-être a utilisé ses moyens financiers pour une autre acquisition - on le comprend -. Bien embarrassant !

60. - Assurément, le mieux est d'envisager cette éventualité dans la clause relative à la condition suspensive, selon le souhait d'ailleurs des parties qui peut ne pas toujours être le même : l'acquéreur entend-il être totalement délié de cette affaire en cas de décision de préempter, quelle que soit la suite de celle-ci ? Ou est-il très attaché à l'acquisition en question

au point de vouloir la poursuivre, même plusieurs années plus tard après une éventuelle annulation - dont il pourrait d'ailleurs être à l'origine - ? Cela dépend. Là encore il y a place pour la liberté et l'inventivité contractuelle.

Note 1 Ndlr : l'introduction, le 1, B et le 2, B ont été rédigés par le professeur Leveneur ; le 1, A et le 2, A par Me Semere.

Note 2 V. G. Canivet, *Le conseil constitutionnel et le contrat, Variations sur la « discrétion »*, in *Mélanges Larroumet*, 2009, p. 75.

Note 3 *Cons. const., déc. 13 juin 2013, n° 2013-672 DC*.

Note 4 Spécialement dans le Code de l'urbanisme, le Code rural, et même le Code civil (*C. civ., art. 815-14*).

Note 5 Les divers avant-projets contemporains de réforme du droit des obligations y consacrent en effet quelques dispositions.

Note 6 *L. n° 2014-366, 24 mars 2014* : si le locataire d'un appartement ne préempte pas lui-même après la division de l'immeuble par lots, droit de préemption de la commune pour assurer le maintien dans les lieux du locataire (*L. n° 75-1351, 31 déc. 1975, art. 10, I modifié*). - *L. n° 2014-626, 18 juin 2014* : droit de préemption du locataire d'un local à usage commercial ou artisanal (*C. com., art. L. 145-46-1 nouv.*).

Note 7 *Cass 3e civ., 14 déc. 1994 : Bull. civ. 1994, III, n° 207 ; JCP N 1995, n° 46, p. 1587, note M. Dagot*.

Note 8 V. A. Jacquin, *Loi du 18 juin 2014 : le droit de préemption du locataire : Gaz. Pal. 8 août 2014, p. 45*.

Note 9 *Flash Cridon Paris, 27 nov. 2014*.

Note 10 V. M. Nicod, *La pacte de préférence en droit patrimonial de la famille : Dr. et patrimoine 2006, n° 144, p. 53*.

Note 11 L'article 8-1 (*réd. L. 25 mars 2009*) de la loi du 13 juillet 1965 prévoit expressément la possibilité d'insertion de cette clause.

Note 12 V. D. Krajewski, *Le pacte de préférence en droit rural : Dr. et patrimoine 2006, n° 144, p. 70*.

Note 13 *Cass. 3e civ., 23 sept. 2009, n° 08-18.187 : JurisData n° 2009-049551 ; Bull. civ. 2009, III, n° 203 ; JCP N 2010, n° 6, 1071, note L. Leveneur ; JCP G 2009, 479, note G. Pillet ; JCP G 2010, I, 336, n° 5, obs. H. Périnet-Marquet ; RTD civ. 2009, p. 717, obs. B. Fages ; RTD civ. 2010, p. 127, obs. P.-Y. Gautier ; Dr. et patrimoine déc. 2009, p. 73, obs. J.-B. Seube ; Contrats, conc. consom. 2010, comm. 2*.

Note 14 *Cass. 3e civ., 15 janv. 2003, n° 01-03.700 : JurisData n° 2003-017314 ; Bull. civ. 2003, III, n° 9 ; JCP G 2003, II, 10129, note E. Fischer-Achoura ; JCP E 2004, I, 384, note P. Mousseron ; Contrats, conc. consom. 2003, comm. 71, note L. Leveneur ; D. 2003, p. 1190, note H. Kenfack ; RDC 2003, p. 45, note D. Mazeaud ; Dr. et patrimoine mai 2003, p. 111, note P. Chauvel ; Defrénois 2003, art. 37767, note R. Libchaber*.

Note 15 *Cass. 3e civ., 15 janv. 2003, préc. note (13)*.

Note 16 V. S. Lequette, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence : RTD civ. 2013, p. 491* (qui souhaiterait que la durée devienne une condition de validité).

Note 17 *Cass. com., 6 nov. 2007, n° 07-10.620 : JurisData n° 2007-041276 ; JCP E 2008, 1280, n° 5, obs. J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; D. 2007, p. 3016 ; Dr. sociétés 2008, comm. 10, obs. H. Hovasse ; Bull. Joly Sociétés 2008, p. 125, note X. Vamparys : pacte d'actionnaires ; D. 2008, p. 1024, note B. Dondero* (à propos d'un pacte d'actionnaires contenant une clause *buy or sell* et conclu pour une durée indéterminée, si bien qu'il avait été régulièrement résilié par volonté unilatérale).

Note 18 En ce sens, *Cass. 3e civ., 23 sept. 2009, préc. note (12)*.

Note 19 *CE, 12 nov. 2009, n° 327451 : JurisData n° 2009-013517 ; JCP N 2010, n° 16-17, 1177, note D. Dutrieux*.

Note 20 *CE, 5 juill. 2013, n° 349664 : JurisData n° 2013-013764 ; JCP N 2013, n° 35, 1204, note D. Gillig ; Constr. - urb. 2013, comm. 113, note P. Cornille ; RD imm. 2013, p. 494, chron. P. Soler-Couteaux*. Notification quatre années plus tard à des conditions similaires mais acquéreur différent. - *Cass. 3e civ., 8 oct. 2008, n° 07-15.935 : JurisData n° 2008-045293 ; JCP N 2008, n° 50, 1355* : notification quatre semaines plus tard à des conditions similaires mais acquéreur différent : « le vendeur n'est pas tenu de déposer une nouvelle déclaration d'intention d'aliéner en cas de vente à un autre acquéreur dès lors que le prix et les conditions de l'aliénation projetée ne sont pas modifiés ».

Note 21 Depuis l'Arnou les décrets d'application concernant ces modalités ont été pris, V. sur ce sujet D. Dutrieux, *Déclaration d'intention d'aliéner, demande de documents et droit de visite : à propos des décrets du 22 décembre 2014 : JCP N 2015, n° 1, act. 103*.

Note 22 *Cass. com., 3 oct. 2006, n° 05-13.052 : JurisData n° 2006-035333*.

Note 23 *Cass. soc., 8 avr. 1948 : JCP G 1949, II, 4705, note P. Ourliac et M. de Juglart ; D. 1948, p. 309, note R. Savatier*.

Note 24 V. Ch. Dupeyron, *Droit agraire : Économica, coll. droit, vol. 1, 2e éd., p. 526.*

Note 25 L. n° 75-1351, 31 déc. 1975, art. 10, I, al. 1er : « à peine de nullité de la vente ».

Note 26 La vente à un autre acquéreur « est réputée nulle » (L. n° 75-1351, 31 déc. 1975, art. 10, I, al. 7).

Note 27 V. Cass. 3e civ., 10 févr. 1999, n° 95-19.217 : *JurisData* n° 1999-000570 ; *Bull. civ.* 1999, III, n° 37 ; *JCP G* 1999, II, 10191, note Y. Dagorne-Labbe ; *JCP N* 2000, n° 12, p. 522, note Ch. Bourrier ; *D.* 2000, somm. p. 278, note Ph. Brun ; *RD imm.* 1999, p. 276, note J.-C. Groslière ; *RD imm.* 1999, p. 316, note Fr. Collart-Dutilleul ; *RTD civ.* 1999, p. 616, note J. Mestre.

Note 28 Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, 03-19.495 : *JurisData* n° 2006-033690 : *Bull. mixte* 2006, n° 4 ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. 153, note L. L. ; *D.* 2006, p. 1861 note P.-Y. Gautier ; *D.* 2006, p. 1864, note D. Mainguy ; *JCP G* 2006, II, 10142, note L. Leveneur ; *JCP E* 2006, 2378, note Ph. Delebecque ; *RDC* 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP N* 2006, n° 29, 1256, note B. Thullier.

Note 29 La seconde condition n'est pas expressément reprise par l'avant-projet de réforme du droit des obligations préparé par la Chancellerie (art. 25).

Note 30 V. dans cette voie : Cass. 3e civ., 3 nov. 2011, n° 10-20.936 : *JurisData* n° 2011-023709 ; *Bull. civ.* 2011, III, n° 185 ; *Contrats, conc. consom.* 2012, comm. 60 ; *JCP N* 2011, n° 46, act. 887.

Note 31 Cass. 1re civ., 25 juin 2014, n° 13-16.529 : *JurisData* n° 2014-014290 ; *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. 211 ; *JCP N* 2014, n° 27, act. 762.

Note 32 Au point qu'on en déduisait que, même faite hors champ du droit de préemption, cette offre pouvait, par rencontre d'une acceptation, former un contrat valable. Toutefois, cette jurisprudence est maintenant abandonnée (V. Cass. 3e civ., 24 mai 2000, n° 98-16.132 : *JurisData* n° 2000-002120 ; *Bull. civ.* 2000, III, n° 114 ; *RTD civ.* 2000, p. 824, obs. J. Mestre et B. Fagès. - Cass. 3e civ., 17 févr. 2010, n° 09-10.474 : *JurisData* n° 2010-051627 ; *Bull. civ.* 2010, III, n° 49 ; *JCP N* 2010, n° 23, 1222, obs. J.-A. Gravillou ; *JCP N* 2011, n° 38, 1251, obs. Fr. Roussel ; *RD rur.* 2010, comm. 58, obs. S. Crevel : « Est nulle la vente conclue au bénéfice de celui qui a exercé un droit de préemption dont il n'était pas titulaire »).

Note 33 Cass. 3e civ., 17 sept. 2014, n° 13-21.824 : *JurisData* n° 2014-021196 ; *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. 265, note L. L. ; *JCP N* 2014, n° 41, act. 1051, obs. D. Dutrieux.

Note 34 Cass. 3e civ., 21 janv. 1971 : *JCP N* 1971, II, 16885, note P. Ourliac et M. de Juglart ; *Defrénois* 1971, art. 29861, obs. J.-L. Aubert. - Cass. 3e civ., 18 mai 1971 : *Bull. civ.* 1971, III, n° 307 ; *Gaz. Pal.* 1972, 1, p. 62, note J.-P. Moreau ; *D.* 1972, somm. p. 18 ; *JCP N* 1971, II, 16885, note P. Ourliac et M. de Juglart.

Note 35 Et pour le fermier, la jurisprudence vide la condition suspensive de sa vraie efficacité, en imposant que la condition laisse au preneur la possibilité de se substituer à l'acquéreur (Cass. 3e civ., 3 févr. 1982 : *Bull. civ.* 1982, III, n° 171 ; *RTD civ.* 1983, p. 149, obs. Ph. Rémy).

Note 36 Cass. 3e civ., 22 juin 2005, n° 03-20.473, *Juris-Data* n° 2005-029066 ; *JCP N* 2005, n° 27, 1332 ; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 185 ; *JCP N* 2006, n° 21-22, 1205, note L. Leveneur.

© LexisNexis SA

Copyright © 2021 LexisNexis. Tous droits réservés.