

La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 47, 20 Novembre 2015, 1208

Les contrats préparatoires : un peu de consolidation, beaucoup d'innovations

Etude rédigée par : Mustapha Mekki agrégé des facultés de droit, professeur à l'université Paris 13 - Sorbonne Paris Cité, directeur de l'IRDA

et Thomas Semere notaire à Champigny-sur-Marne

CONTRATS ET OBLIGATIONS

[Accès au sommaire](#)

Les contrats préparatoires constituent le noyau dur de la pratique notariale. Terrain privilégié de l'ingénierie notariale ^{Note 1}, les contrats préparatoires concentrent les principales difficultés de la matière des actes courants ^{Note 2}. Si le notariat a toujours su faire preuve d'imagination, la jurisprudence de la Cour de cassation ne facilite pas toujours le travail du notaire qui, en sa qualité d'officier public, doit pourtant garantir la validité et la pleine efficacité juridique de l'acte instrumenté. Le projet d'ordonnance devrait venir au secours de la pratique en renforçant par deux dispositions (les articles 1124 et 1125) la sécurité de deux contrats préparatoires qui se présentent comme les piliers du « processus précontractuel » : la promesse unilatérale de contrat et le pacte de préférence ^{Note 3}.

1. - Avant d'analyser dans le détail les apports de ces deux articles, il n'est pas inutile de préciser que ces dispositions de droit commun des contrats sont appelées à produire leurs effets en droit spécial. Si l'article 1107 du Code civil actuel, faisant le pont entre droit commun et droit spécial ^{Note 4}, n'a pas été repris par inadvertance dans le projet, il est évident que les règles exposées aux articles 1124 et 1125 du projet irradiant l'ensemble des contrats spéciaux, spécialement le contrat de vente qui va ici servir de modèle de référence. En outre, le projet a fait le choix d'une vision minimaliste en n'abordant pas tous les contrats susceptibles d'intervenir au stade de la période « précontractuelle », autrement dit période qui précède la conclusion du contrat définitif. Le pacte d'option ^{Note 5}, l'accord de principe ^{Note 6}, l'accord partiel, la lettre d'intention, la promesse de porte-fort, la promesse synallagmatique de contrat précèdent souvent la conclusion du contrat définitif. Si la promesse de porte-fort est traitée aux articles 1120 et suivants du projet, le silence est total concernant les autres contrats préparatoires. On peut comprendre que le législateur ait voulu aller à l'essentiel, mais on a du mal à adhérer à l'éviction totale de la promesse synallagmatique de contrat. L'argument qui consisterait à dire qu'il s'agit d'un contrat spécial ne tient pas. Il n'est pas, en effet, seulement question de la promesse de vente. La promesse synallagmatique de contrat renvoie à tous les types de contrats (bail, contrat d'entreprise, échange, etc.). La cohérence du droit des contrats préparatoires pourrait d'ailleurs en souffrir comme cela sera évoqué ultérieurement.

2. - En se concentrant sur les seuls contrats abordés par le projet de réforme, la réflexion croisée d'un universitaire et d'un praticien met en exergue le subtil équilibre recherché par les auteurs de la réforme : consolider avant d'innover ; en d'autres termes « être sobre de nouveauté » (*Portalis*). L'innovation l'emporte pourtant ici sur la consolidation. Pour apprécier au mieux les apports de la réforme, il a paru plus pertinent d'aborder à l'aune de ces deux dispositions ce qui pouvait être approuvé et ce qui pouvait être discuté. Ainsi en se livrant en permanence à un regard pratico-universitaire, seront abordées, dans un premier temps, les innovations appréciables et, dans un second temps, les innovations discutables.

1. Les innovations appréciables

3. - Ces innovations concernent tant la promesse unilatérale de contrat que le pacte de préférence.

A. - La promesse unilatérale de contrat

4. - La promesse unilatérale de contrat est fréquemment utilisée par les notaires. Que l'on songe à la promesse unilatérale de bail dans le « bail en l'état futur d'achèvement » ^{Note 7} ou, bien évidemment, à la promesse unilatérale de vente. Le projet fait le choix de clarifier cette technique contractuelle et d'en renforcer l'efficacité.

1° Clarification terminologique

5. - L'alinéa premier de l'article 1124 dispose que « *La promesse est le contrat par lequel une partie, le promettant, consent à l'autre, le bénéficiaire, le droit, pendant un certain temps, d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ». Avant de porter une appréciation sur la définition proposée, fallait-il définir la promesse unilatérale de contrat ? Définir c'est exclure. Dans ces conditions, ne peut-on pas penser que toute définition entraîne une forme de sclérose du droit ^{Note 8} ? À vrai dire, les définitions ne sont pas sclérosantes mais elles obligent les rédacteurs d'actes à faire preuve d'une grande précaution. Dès lors que le législateur fait le choix de définir ce qu'est la promesse unilatérale de contrat pour lui appliquer un régime juridique qui lui est propre, tout acte qui n'entre pas dans cette définition ne pourra prétendre au régime juridique correspondant. Cet enjeu de la qualification est déterminant en pratique car quiconque souhaitera échapper au deuxième alinéa prévoyant l'exécution forcée de la promesse unilatérale de contrat ou le troisième alinéa prononçant la nullité dans certains cas, utilisera une technique contractuelle qui n'entre pas dans les prévisions du législateur. Or, les problèmes de qualification sont nombreux en droit notarial. Les promesses unilatérales croisées doivent-elles être requalifiées en promesse synallagmatique ^{Note 9} ? Le contrat préliminaire de réservation est-il essentiellement synallagmatique ou peut-il être qualifié de promesse unilatérale ^{Note 10} ? C'est ici que la définition peut être sclérosante. Volontairement ou non les parties peuvent être amenées à souffrir des hésitations jurisprudentielles en matière de qualification. Le risque en pratique demeure tout de même relativement limité devant l'expérience des notaires qui utilisent fréquemment la promesse unilatérale de contrat et veilleront à ce qu'il n'y ait aucun doute sur la technique utilisée.

6. - On peut ensuite regretter que le législateur n'ait pas insisté sur le consentement définitif du promettant en se focalisant sur le droit accordé au bénéficiaire. Certes, l'alinéa 2 permet de ne pas douter de la force obligatoire accordée à ce contrat mais la controverse est telle autour de ce contrat préparatoire qu'il aurait été opportun d'insister sur le fait que le promettant consent définitivement au contrat en accordant un droit d'option au bénéficiaire qui est le seul à pouvoir décider du sort de la promesse et de sa transformation en contrat définitif. Cette définition maladroite pourrait être l'objet d'une stratégie contentieuse habile et dangereuse ^{Note 11} .

2° Efficacité renforcée

7. - L'alinéa 2 de l'article 1124 dispose que « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* ». C'est l'innovation majeure du projet. Le promettant ne peut plus se rétracter. Sa rétractation n'empêche pas le contrat de se former et le bénéficiaire peut demander l'exécution forcée. Cette disposition doit être rapprochée de l'article 1221 du projet qui consacre le principe de l'exécution forcée « *en nature* » sauf impossibilité ou « *coût manifestement déraisonnable* ». Le législateur a fait le choix de combattre la jurisprudence. Depuis un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 15 décembre 1993 ^{Note 12} , le promettant tenu d'une simple obligation de faire ou de ne pas faire pouvait se rétracter avant la levée de l'option. Le bénéficiaire ne pouvait obtenir de lui que de simples dommages et intérêts au fondement très critiquable de l'article 1142 du Code civil . La pratique a réagi contre cette jurisprudence fortement critiquée par la doctrine et a sécurisé les promesses unilatérales de vente en multipliant les clauses contractuelles telles que la clause de dédit ou la clause pénale. Surtout, les notaires ont introduit des clauses d'exécution forcée en nature en évinçant l'article 1142 du Code civil analysé comme une règle supplétive. Cette pratique a été sacralisée par la Cour de cassation par un arrêt du 27 mars 2008 ^{Note 13} , à condition qu'elle soit rédigée avec précision en rappelant clairement l'éviction de l'article 1142 du Code civil , l'impossibilité pour le promettant de se rétracter et la possibilité d'obtenir l'exécution forcée par décision de justice. Le fondement a par la suite évolué car la Cour de cassation, notamment depuis un arrêt du 11 mai 2011 ^{Note 14} , se réfère aux articles 1101 et 1134 du Code civil tout en continuant de refuser toute exécution forcée. Selon la Cour de cassation, le promettant n'aurait pas définitivement consenti à la vente mais aurait en quelque sorte simplement consenti à faire une offre de vente ! Finalement, les rédacteurs d'actes ont dû adapter leurs formules ^{Note 15} afin de tenir compte de ce nouveau fondement. Il fallait désormais insister sur le consentement définitif à la vente du promettant. Attention cependant à ne pas renoncer trop rapidement à la clause excluant « en tant que de besoin » l'article 1142 du Code civil . En effet, par un arrêt du 2 avril 2015, le Conseil d'État , qui devait juger de l'exécution forcée des obligations d'une commune dans le cadre d'une promesse unilatérale de vente, s'est référé à la jurisprudence du 15 décembre 1993 pour refuser toute exécution forcée sur le fondement de l'article 1142 du Code civil ^{Note 16} ! En attendant la consécration législative, mieux vaut prévenir que guérir et continuer, spécialement dans les contrats impliquant une personne publique, à intégrer l'éviction par précaution de l'article 1142 du Code civil .

8. - Cette jurisprudence est remise en cause par l'alinéa 2 qui consacre l'exécution forcée. Pour inciter le promettant à s'exécuter, les clauses pénales ne seront pas inutiles. En revanche, les clauses d'éviction de l'article 1142 devraient devenir sans intérêt. Tenu d'un devoir de conseil, il n'est pas inutile cependant de rédiger une clause dans laquelle le notaire, relais d'information et garant de la compréhensibilité et de l'effectivité des règles de droit, rappelle au promettant la nouvelle étendue de ses obligations.

9. - Peut-on à l'avenir envisager d'évincer l'exécution forcée en nature tout en restant dans le cadre d'une promesse unilatérale de contrat ? Deux arguments peuvent fonder la validité d'une telle clause. Le premier est la définition donnée à la promesse unilatérale de contrat. Dès lors qu'il n'est pas fait référence au consentement définitif du promettant mais que la définition se focalise sur le droit d'option du bénéficiaire, évincer toute exécution forcée ne remettrait pas en cause ce qui fait l'essence de la promesse unilatérale de contrat : octroyer un droit d'option au bénéficiaire « pendant un certain temps ». Si l'on veut exclure toute qualification de promesse unilatérale de contrat en présence d'une clause d'éviction de l'exécution forcée encore faut-il repenser la définition de l'alinéa 1er pour faire du consentement définitif du promettant un élément essentiel de la définition. Le deuxième argument relève d'un raisonnement logique. S'il est concevable d'imposer par une clause l'exécution forcée en nature, il devrait être possible d'écarter toute exécution forcée par une même clause. La discussion demeure ouverte.

10. - Enfin, doit-on craindre que cette disposition prévoyant l'exécution forcée en nature puisse être jugée anticonstitutionnelle comme le suggère un auteur ^{Note 17}, en ce qu'elle porte atteinte à la liberté contractuelle devenue une liberté fondamentale ^{Note 18} ? Le fait même d'envisager un tel raisonnement incitera probablement certains avocats à poser une question prioritaire de constitutionnalité si le Conseil constitutionnel n'est pas saisi avant publication de la loi. Peu de chance cependant que cette action aboutisse car, à ce compte-là, et en simplifiant le débat, ce sont tous les engagements contractuels qui pourraient être jugés contraires à la liberté fondamentale contractuelle.

B. - Le pacte de préférence

11. - Le projet d'ordonnance renforce la sécurité du bénéficiaire et celle des tiers.

1° Protection renforcée du bénéficiaire

12. - L'article 1125, alinéa 1er définit le pacte de préférence comme « *le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle se déciderait de contracter* ». La définition pourrait être améliorée mais il a été fait le choix d'insister sur les aspects pratiques de cette technique. Cette définition très large du pacte de préférence permet d'y intégrer des opérations très diverses : clauses de préférence dans un contrat de bail, clauses de préférence attachées à des droits sociaux, clauses dites anti-spéculatives (à condition de respecter les conditions de proportionnalité posées par l'article 1102, alinéa 2 du projet). Rien n'est dit sur les conditions de validité ou d'opposabilité du pacte de préférence. L'alinéa 1er conforte la jurisprudence actuelle, ni le prix ni la durée ne sont des conditions de validité du pacte de préférence. Peut-être que la durée aurait pu être évoquée car un pacte de préférence sans durée soulève encore des interrogations. Surtout, l'alinéa 2 de l'article 1125 entend renforcer la sécurité du bénéficiaire du pacte de préférence : « *Lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers qui en connaissait l'existence, le bénéficiaire peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le bénéficiaire peut également obtenir la réparation du préjudice subi* ». En droit positif, le bénéficiaire en cas de vente du bien à un tiers en violation du pacte de préférence peut demander la nullité « et » sa substitution dans les droits du tiers. Il faut cependant prouver que le tiers avait connaissance de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ^{Note 19}. Les arrêts admettant l'établissement d'une telle double preuve ne sont pas inexistantes mais peu nombreux ^{Note 20}. Cette double condition mal formulée et difficile à mettre en œuvre a été assouplie par le projet. La conjonction « et » est remplacée par la conjonction « ou ». Il est en effet difficile d'être substitué dans un contrat nul. Surtout, la condition de la connaissance du tiers est simplifiée car la seule connaissance de l'existence du pacte de préférence suffit pour invoquer la nullité ou la substitution dans les droits du tiers. Le texte vise la connaissance du tiers. Est-ce que la publicité du pacte de préférence permettrait de juger que le tiers « aurait dû en avoir connaissance », forme de présomption par publication ? Il est vrai que, par le passé, la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 11 juillet 2006 avait semblé présumer la connaissance du tiers en raison d'une donation-partage portant sur un bien immobilier à laquelle était rattaché un pacte de préférence, le tout ayant été publié ^{Note 21}. Le notaire ne devrait-il pas à l'avenir encourager ce type de publication afin de bénéficier d'une telle présomption ? Rien n'est moins sûr. D'une part, le texte évoque le tiers qui connaissait et non celui qui aurait dû connaître. D'autre part, l'arrêt du 11 juillet 2006 reste une décision isolée. Enfin, cette décision concernait un cas de publicité obligatoire d'une donation-partage. La publicité volontaire et facultative d'un pacte de préférence n'a jamais fait l'objet d'un tel raisonnement.

13. - La modification est donc heureuse mais elle oblige le notaire à faire preuve de précaution. À dire vrai, la pratique du rédacteur d'acte n'est pas bouleversée par cette nouvelle disposition. Depuis ce même arrêt du 11 juillet 2006, le notaire qui connaît ou aurait dû connaître l'existence d'un pacte de préférence doit refuser d'instrumenter et doit préserver les droits du bénéficiaire. Les refus d'instrumenter sont rares et cette décision déterminante. Peut-être, dans ces conditions, devant l'assouplissement des conditions de nullité/substitution et pour renforcer l'efficacité du pacte de préférence en amont, faudrait-il encourager les notaires à conseiller aux parties la publication du pacte de préférence lorsque les enjeux financiers sont importants.

2° Protection renforcée du tiers

14. - La protection du tiers est également renforcée par la mise en place d'une action interpellatoire ou interrogatoire. L'article 1125, alinéa 3 dispose que le tiers qui « *présume l'existence d'un pacte de préférence* » peut « *en demander confirmation par écrit au bénéficiaire dans un délai raisonnable* ». L'alinéa 4 ajoute que « *Cet écrit mentionne en termes apparents qu'à défaut de réponse, le bénéficiaire du pacte de préférence ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers, ni la nullité du contrat, à moins que le pacte ne contienne une clause de confidentialité* ». Lorsque le tiers présume l'existence d'un pacte de préférence, il peut demander au bénéficiaire présumé s'il est titulaire d'un pacte de préférence dont il souhaite se prévaloir. L'action interpellatoire est, *a priori*, une bonne nouvelle pour les notaires. Lorsqu'ils sont amenés à instrumenter un acte de vente sur un bien sur lequel ils soupçonnent l'existence d'un droit de préférence, une telle procédure peut être suggérée au tiers pour sécuriser l'acte pour l'avenir. Cette demande doit être faite par écrit et indiquer en termes apparents qu'en cas de silence conservé par le bénéficiaire pendant un délai raisonnable, ce dernier ne pourra plus demander la nullité ni la substitution dans les droits du tiers. Le rédacteur devra probablement veiller à la rédaction minutieuse de cette lettre et veiller à se préconstituer une preuve de son envoi voire de sa réception. L'envoi d'une lettre recommandée avec avis de réception est conseillé voire, pour les cas les plus sensibles, une signification par acte d'huissier. Même si cette lettre n'entre pas dans la mission de cet officier public qu'est le notaire, la jurisprudence considère que tout acte périphérique pouvant menacer l'efficacité juridique de l'acte instrumenté doit également faire l'objet d'un conseil du notaire et peut engager sa responsabilité. À lui de veiller à ce que cette « *interrogation* » soit bien rédigée et que le délai raisonnable soit respecté. Encore une source de contentieux comme toutes les actions interpellatoires prévues dans le projet ^{Note 22}. Le texte réserve cependant le cas d'une clause de confidentialité figurant dans le pacte autorisant le bénéficiaire à ne pas répondre à cette « *interpellation* ». Cette réserve prive ce mécanisme d'une grande partie de son intérêt amenant alors à aborder les innovations discutables du projet.

2. Les innovations discutables

15. - Les sujets de discussion sont aussi nombreux tant relativement à la promesse unilatérale de contrat qu'au pacte de préférence.

A. - La promesse unilatérale de contrat

16. - À l'égard de la promesse de contrat, le projet peut être discuté pour ce qu'il dit et pour ce qui n'est pas dit.

1° Ce qui est dit

17. - Le projet propose une définition de la promesse unilatérale de contrat qui doit absolument être corrigée au risque de créer un contentieux malvenu en matière notariale. Tout d'abord, la promesse unilatérale est un contrat dont les éléments essentiels sont « *déterminés* ». La formule est gênante car, traditionnellement, la promesse est valable dès lors que les éléments essentiels sont déterminés ou déterminables. Pour la vente, il suffit que la chose et le prix soient déterminés ou déterminables. Il est peu probable que le législateur ait entendu remettre en cause une pratique très répandue. À défaut, prévoir qu'une chose ou un prix sera fixé par référence à des éléments objectifs ne dépendant pas de la volonté des parties et susceptibles d'être contrôlés par le juge ne suffirait plus pour considérer la promesse comme valable. Cela est peu probable. Il suffit de se référer à l'article 1162 du projet qui évoque la prestation déterminable pour comprendre qu'il s'agit d'une simple scorie du législateur.

18. - Autre faiblesse de l'article 1124 du projet, il se réfère au « *certain temps* » accordé au bénéficiaire de la promesse. Si le délai raisonnable est déjà source d'incertitudes il a au moins le mérite d'être souvent utilisé dans le projet. Le « *certain temps* » est encore une source de contentieux et une source d'hésitation malvenue pour le notaire. Il est plus simple et plus sécurisant de prévoir que le promettant doit respecter le délai convenu ou, à défaut, que le bénéficiaire dispose d'un délai de droit commun (*C. civ., art. 2224*), délai de cinq ans du jour de la connaissance de son dommage. Il aurait pu également être envisagé, en l'absence de délai, une interpellation par écrit faisant naître un délai d'un mois au profit du bénéficiaire pour se décider. En tout cas, un ensemble d'alternatives peut être jugé plus pertinent que la référence maladroite à un « *certain temps* ».

2° Ce qui n'est pas dit

19. - Rien n'est dit au sein de la réforme de la promesse synallagmatique de contrat et spécialement de la promesse synallagmatique de vente. Pourtant, cette promesse est source de nombreuses controverses et de difficultés pour les notaires. Une clarification aurait été ainsi bienvenue, notamment pour clarifier la distinction entre les promesses de vente qui valent vente et celles « *qui ne valent pas vente* ». Telle est la distinction opérée en présence d'une clause de réitération des consentements devant notaire. La réitération est analysée comme un terme, événement futur et certain comme le rappelle l'article 1305 du projet. En outre, le projet aurait été l'occasion de revenir sur le conflit entre acquéreurs successifs d'un même bien immobilier. Si l'article 1199 prévoit la solution à ce conflit en matière mobilière, rien n'est précisé pour la matière immobilière. D'ailleurs, une hésitation est perceptible à la lecture de l'article 1201, alinéa 3 du projet qui, entre crochets en attendant probablement les fruits de la consultation lancée par le ministère de la Justice, prévoit que « *le transfert de la propriété immobilière et des autres droits réels immobiliers est opposable aux tiers dans les conditions fixées par les lois sur la publicité foncière. Des lois particulières règlent l'opposabilité aux tiers du transfert de la propriété*

de certains meubles». Il serait, dans un intérêt évident de pédagogie, opportun d'intégrer une telle disposition au sein même du titre relatif au droit des obligations et de la compléter de précisions sur les conséquences en cas de ventes successives d'un même bien immobilier. À défaut, une incohérence pourrait naître entre le projet d'ordonnance, spécialement l'article 1124, alinéa 3, et la jurisprudence actuelle.

20. - En effet, quelques mots suffisent à percevoir l'incohérence qui pourrait régner à l'avenir entre l'alinéa 3 de l'article 1124 et le droit positif jurisprudentiel appliqué à la promesse synallagmatique de vente. L'alinéa 3 dispose que le tiers qui a connaissance de la promesse unilatérale de contrat autorise le bénéficiaire à en demander la nullité, mais, soit dit en passant, pas sa substitution dans les droits du tiers ! Par conséquent, si le notaire a connaissance de l'existence d'une promesse unilatérale de contrat, spécialement d'une vente, il doit refuser d'instrumenter l'acte de vente. Garant de la validité et de l'efficacité juridique de l'acte, le notaire doit préserver les droits du bénéficiaire de la promesse et refuser d'instrumenter. La même solution est prévue par l'article 1125, alinéa 2. Mais alors comment combiner une telle position législative et la position jurisprudentielle à l'égard de la promesse synallagmatique de vente ^{Note 23} ? En effet, depuis une série d'arrêts rendus par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, il est jugé qu'en cas de conflit entre acquéreurs successifs d'un même bien immobilier, l'emportera celui qui aura publié l'acte translatif le premier, quand bien même son auteur serait de mauvaise foi ^{Note 24}. Une application objective des règles de publicité foncière est consacrée revenant ainsi sur une jurisprudence qui empêchait autrefois le tiers acquéreur de mauvaise foi de s'en prévaloir. Surtout, la Cour de cassation en tire toutes les conséquences : le notaire qui a connaissance d'une promesse synallagmatique conclue mais non publiée antérieurement à l'acte de vente ne peut refuser d'instrumenter ^{Note 25}. L'acte de vente, qu'il est invité à instrumenter sur le bien ayant fait l'objet antérieurement d'un « compromis de vente », est parfaitement licite, l'acte non publié est inopposable aux tiers et rien n'autorise cet officier public à ne pas prêter son concours. Si l'article 1124, alinéa 3 du Code civil était maintenu, l'existence d'une promesse unilatérale de vente antérieure, qui par définition engage moins qu'une promesse synallagmatique de vente, serait un obstacle à la conclusion d'un contrat avec un tiers de mauvaise foi et le notaire devrait refuser d'instrumenter. À la Cour de cassation de remédier à cette « bizarrerie » ou au législateur de restaurer une certaine cohérence entre les contrats préparatoires.

B. - Le pacte de préférence

21. - La discussion se focalise sur l'action interrogatoire. Cette action interroge tant dans son principe que dans ses conditions de mise en œuvre. Tout d'abord, cette action atteindra-t-elle réellement son objectif, à savoir préserver les droits du bénéficiaire et renforcer la stabilité de l'acte réalisé par le tiers ? S'agissant de la préservation des droits du bénéficiaire on peut en douter. En effet, l'interrogation par le tiers est facultative et aucune conséquence n'est attachée à l'absence d'interpellation par celui-ci. Dans ces conditions, un tiers qui présume l'existence d'un pacte de préférence aura plutôt tendance à faire comme s'il n'était au courant de rien et à ne pas risquer d'interpeller un bénéficiaire qui pourrait effectivement souhaiter faire valoir ses droits. Si aucun élément objectif ne permet d'établir que le tiers avait connaissance de l'existence du pacte de préférence, l'acte qu'il accomplira sera parfaitement efficace. Est-ce que rendre cette action obligatoire, comme le suggèrent certains auteurs, pourrait changer la donne ? On peut en douter car même si cette action était rendue obligatoire elle ne remédiera pas aux mauvaises intentions d'un tiers ne souhaitant pas attirer l'attention du bénéficiaire et il sera difficile de prouver son intention malveillante.

22. - Quant à la stabilité des droits du tiers lorsqu'il met en œuvre cette action et qu'il ne reçoit aucune réponse du bénéficiaire, elle est toute relative. En effet, le texte réserve le cas d'une clause de confidentialité figurant dans le pacte de préférence et autorisant le bénéficiaire à ne pas répondre à la sollicitation du tiers. Un tiers pourrait conclure un contrat avec une fausse certitude d'efficacité absolue jusqu'au jour où il découvrirait que le pacte de préférence comportait une clause de confidentialité autorisant le bénéficiaire à garder le silence ^{Note 26}. Si ces clauses de confidentialité sont pour l'instant plus fréquentes en droit des affaires, elles devraient devenir une clause de style pour renforcer la protection des bénéficiaires et court-circuiter en amont toute action interrogatoire.

23. - Ce sont, ensuite, les conditions de mise en œuvre de cette action interrogatoire qui peuvent être discutées. L'interpellation doit se faire par un écrit indiquant en termes apparents les conséquences du silence gardé par le bénéficiaire. Cette formule, comme dans toutes les actions interpellatoires prévues par le projet, est source de contentieux. À partir de quand considère-t-on cette lettre comme produisant ses effets ? Les termes sont-ils réellement apparents ? N'aurait-il pas été plus sûr d'imposer une modalité telle qu'une lettre recommandée avec avis de réception et imposer un délai fixe de quinze jours ou un mois plutôt qu'un délai raisonnable, notion des plus imprévisibles ^{Note 27} ? Non, décidément, l'article 1125 est rempli de fausses bonnes idées que le législateur devrait *a maxima* abandonner ou *a minima* reformuler.

24. - Le projet constitue à n'en pas douter un progrès en renforçant l'efficacité des contrats préparatoires que sont la promesse unilatérale de contrat et le pacte de préférence. On peut regretter néanmoins que le législateur soit resté au milieu du gué et ne soit pas allé au bout de ces innovations. Qu'à cela ne tienne, la science du notaire saura prendre, encore une fois, le relais !

Note 1 V. la belle thèse de S. Torricelli-Chrifi, *La pratique notariale, source du droit : Lextenso 2015.*

Note 2 V. le dernier congrès national, *111e Congrès des notaires de France. Strasbourg, 2015. La sécurité juridique. Un défi authentique.*

Note 3 Pour une étude d'ensemble, B. Hafitel, *La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, in *Critiques constructives du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations : parfaire sans défaire, ss. dir. M. Mekki* : *Gaz. Pal.* 30 avr. 2015, p. 8. - P. Puig, *Négociation et avant-contrats*, in *Dossier réforme du droit des contrats : Journ. Soc.* 2014, n° 118, p. 16, spéc. p. 19. - N. Molfessis, *La formation du contrat* : *JCP G* 2015, suppl. n° 21, p. 6. - M. Mekki, *La réforme du droit des contrats et la pratique notariale* : *JCP N* 2015, n° 14, 1111.

Note 4 V. N. Ballat, *Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ?* : *D.* 2015, p. 699. - Adde, Y. Lequette, *Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ?* : *RDC* 2015, p. 616. - N. Blanc, *Contrats nommés et innomés, un article disparu ?* : *RDC* 2015, p. 810.

Note 5 L. Aynès, P. Tarrade et Ph. Davy, *Promesse unilatérale de vente : du nouveau !* : *Defrénois* 2011, p. 1575 et s.-Adde, P. Tarrade, *Retour d'expérience* : *Defrénois* 2011, p. 1026.

Note 6 En faveur d'une telle éviction, V. G. Loiseau, *Observations sur la réforme du droit des obligations. La formation du contrat* : *LPA* 2015, n° 177, p. 51.

Note 7 M. Mekki, *L'avenir du bail en l'état futur d'achèvement : Loyers et copr.* 2015, à paraître.

Note 8 B. Fages, *Le débat : la promesse unilatérale et le pacte de préférence dans le projet d'ordonnance de 2013* : *Dr. et patrimoine* 2014, p. 42.- Contra, G. Durand-Pasquier, *Les promesses unilatérales de vente à l'aune de la réforme imminente du droit des contrats, Focus : Constr.- Urb.* 2015, alerte 34.

Note 9 *Cass. com.*, 22 nov. 2005, n° 04-12.183 : *JurisData* n° 2005-030850 ; *Bull. civ.* 2005, IV, n° 234. - *Cass. com.*, 13 sept. 2011, n° 10-19.526 : *JurisData* n° 2011-018742 ; *D.* 2012, p. 130, note A. Gaudemet.

Note 10 *Cass. 3e civ.*, 27 oct. 1975 : *JurisData* n° 1975-700309 ; *JCP G* 1976, II, 18340 (contrat *sui generis* essentiellement synallagmatique). - Contra, *Cass. 3e civ.*, 24 sept. 2014, n° 13-22.059 : *JurisData* n° 2014-023333 (l'explication est à dire vrai d'ordre procédural).

Note 11 V. infra.

Note 12 *Cass. 3e civ.*, 15 déc. 1993, n° 91-10.199 : *JurisData* n° 1993-002405 ; *Bull. civ.* 1993, III, n° 174 ; *JCP N* 1995, n° 1, comm. D. Mazeaud.

Note 13 *Cass. 3e civ.*, 27 mars 2008, n° 07-11.721 : *JurisData* n° 2008-043404.

Note 14 *Cass. 3e civ.*, 11 mai 2011, n° 10-12.875 : *JurisData* n° 2011-008034 ; *JCP E* 2011, n° 38, 1670 ; *D.* 2012, p. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki.

Note 15 M. Mekki et O. Herrnberger (dir.), *L'art de la clause* : *JCP N* 2015, n° 21, 1155-1165.

Note 16 *CE*, 2 avr. 2015, n° 364539 : *JurisData* n° 2015-007017.

Note 17 M. Fabre-Magnan, *De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente : dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats* : *D.* 2015, p. 826.

Note 18 V. not. *Cons. const.*, déc. 13 juin 2013, n° 2013-672 DC : *JurisData* n° 2013-023077.

Note 19 *Cass. ch. mixte*, 26 mai 2006, n° 03-19.376 : *JurisData* n° 2006-033690 ; *Bull. civ.* 2006, ch. mixte, n° 4 ; *JCP N* 2006, n° 29, 1256, note B. Thullier ; *JCP E* 2006, n° 38, 2378.

Note 20 V. par ex., *Cass. 3e civ.*, 31 janv. 2007, n° 05-21.071 : *JurisData* n° 2007-037159 ; *Bull. civ.* 2007, III, n° 16 (substitution). - *Cass. 3e civ.*, 29 juin 2010, n° 09-68.110 : *JurisData* n° 2010-010722 ; *RDC* 2011, p. 30, obs. E. Savaux (refus de substitution).

Note 21 *Cass. 1re civ.*, 11 juill. 2006, n° 03-18.528 : *JurisData* n° 2006-034537 ; *Bull. civ.* 2006, I, n° 389 ; *JCP G* 2006, II, 10191, note M. Mekki ; *D.* 2006, p. 2510, note P.-Y. Gautier.

Note 22 En matière de représentation, V. notamment le très dangereux article 1157 du projet : « Lorsque le tiers doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion de la conclusion d'un acte, il peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte.

L'écrit mentionne, en termes apparents, qu'à défaut de réponse le représentant est réputé habilité à conclure cet acte ». - Sur cette question, V. N. Dissaux, *Articles 1152 et suivants : la représentation* : *RDC* 2015, p. 749, spéc. p. 750 qui y voit la mise en place d'un mécanisme équilibré. - Contra, M. Latina, *Sur la règle « silence vaut habilitation »* : *dalloz-actu-etudiant.fr*, 5 oct. 2015. Une action interpellatoire existe aussi en matière de nullité (*C. civ.*, art. 1149). Cependant, comment combiner cette réduction du délai à six mois

après interpellation avec le délai minimum d'une année dans le cadre de la loi du 17 juin 2008 (*C. civ., art. 2254*) et comment le combiner avec les délais fondés sur des dispositions d'ordre public de protection telles que celles du droit de la consommation ?

Note 23 V. égal. en ce sens, *P. Puig, Négociation et avant-contrats*, in *Dossier réforme du droit des contrats : Journ. Soc. 2014, n° 118, p. 16, spéc. p. 19.*

Note 24 *Cass. 3e civ., 10 févr. 2010, n° 08-21.656 : JurisData n° 2010-051625 ; Bull. civ. 2010, III, n° 41 . - Cass. 3e civ., 12 janv. 2011, n° 10-10.667 : JurisData n° 2011-000418 ; Bull. civ. 2011, III, n° 5 . - Pour une étude d'ensemble, *B. de Bertier-Lestrade, Retour sur la mauvaise foi dans les règles de publicité foncière et les règles de conflits d'actes : D. 2011, p. 2954.**

Note 25 *Cass. 1re civ., 20 déc. 2012, n° 11-19.682 : JurisData n° 2012-030399 ; Bull. civ. 2012, I, n° 273 .*

Note 26 *B. Haftel, La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations : Gaz. Pal. 30 avr. 2015, p. 8 .*

Note 27 *N. Molfessis, La formation du contrat : JCP G 2015, suppl. n° 21, p. 6 .*

© LexisNexis SA

Copyright © 2021 LexisNexis. Tous droits réservés.