

## **Licence 2 – Semestre 1**

### **Droit des obligations**

#### **Support pédagogique – doctrine**


#### **Comprendre les débats autour de la question de la rétractation de la promesse de contracter**


**D. MAINGUY, « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », RTD Civ. 2004, p.1.**



1. Peut-on défendre et justifier la position de la Cour de cassation dans la question de la rétractation de la promesse de contracter ? A lire les commentaires presque unanimement critiques de la doctrine, il faudrait croire que non. « Colonne du temple contractuel, l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup> du code civil vient de subir ... un coup de boutoir propre à le faire vaciller », commentait dans une note vitriolée 📖(2) notre collègue et ami D. Mazeaud qui poursuivait ainsi : « désormais, les conventions, plus précisément les contrats, tiennent lieu de loi à ceux qui les ... respectent ». Tandis que M<sup>me</sup> Rose-Noëlle Shütz grinçait : « comme celles des hommes politiques, les promesses unilatérales de vente n'engagent-elles que ceux à qui elles sont faites ? » 📖(3).

C'est dire dans quel état d'esprit la doctrine s'est placée face aux solutions jurisprudentielles en la matière, et combien difficile est la tâche de légitimer, autant que faire se peut, la position de la Cour de cassation qui nous paraît tout au contraire marquée du sceau de la sagesse et de l'efficacité.

2. Beaucoup a été déjà dit et écrit sur le sujet, ou plutôt contre le sujet : après l'arrêt du 15 décembre

1993 (4), dont on rappellera simplement avant d'y revenir que la Cour de cassation avait décidé d'accorder pleine efficacité à la rétractation de sa promesse par le promettant avant la levée de l'option par le bénéficiaire, l'autorité de promesse unilatérale de contracter est ramenée au niveau de celle d'une offre, l'utilité même de la promesse comme outil contractuel est réduite à néant, la bonne foi contractuelle part en lambeau, le respect de la parole donnée est un principe outrageusement bafoué, etc.

Les critiques portées contre ces solutions sont bien souvent autant philosophiques ou morales, voire moralistes, que véritablement techniques, pour tenter de faire admettre que la sanction du promettant rétractant sa promesse devrait dépasser la seule hypothèse de l'allocation de dommages et intérêts et reconnaître le maintien forcé de la promesse de façon à contraindre la formation du contrat promis. Le débat est donc tout autant présenté autour de la question de l'efficacité de la promesse que, plus largement, sur celle de savoir si l'exécution forcée d'un contrat doit aboutir à son exécution en nature. Tel est l'objectif de la quasi-unanimité de la doctrine. Nous voudrions précisément esquisser dans cette étude quelques arguments, même isolés, confortant la position de la Cour de cassation : il ne nous paraît ni possible ni souhaitable de renverser cette solution car l'exécution par équivalent satisfait largement, en principe, le créancier (5).

**3.** Replaçons en premier le problème dans son contexte contractuel. Les promesses de contracter s'inscrivent dans le temps de l'avant-contrat, de la négociation, des pourparlers, des palabres. Elles sont des techniques juridiques contractuelles qui instrumentalisent ces négociations par la rédaction d'un véritable contrat, un contrat préparatoire en vue de la conclusion, hypothétique mais encouragée, d'un contrat préparé, d'un contrat promis, un contrat de vente, de prêt, un contrat de société ou de travail. Et bien d'autres encore que la pratique nourrit comme autant de reflets du principe de la liberté contractuelle. Nombreux sont les contrats ainsi usuellement préparés par un contrat de promesse, alors que l'on raisonne souvent exclusivement à partir de la seule promesse de vente, ce qui est alors très réducteur. Parmi les contrats de l'avant-contrat, la promesse unilatérale de contrat dite aussi contrat d'option (6) se présente comme un contrat modèle (7) dont, surtout, la promesse unilatérale


de vente<sup>(8)</sup>. Ces promesses peuvent alors être classées comme des contrats ayant pour objet une obligation de contracter<sup>(9)</sup>. La distinction avec la promesse synallagmatique de vente, le compromis de vente dont parle la pratique notariale, est souvent moins nette qu'on veut bien le penser. Si dans cette dernière les deux parties entendent contracter, il apparaît que cette rencontre des volontés ne forme pas systématiquement le contrat promis, ce qui permet de maintenir les promesses synallagmatiques dans le camp des contrats préparatoires. On évoque même une simple différence géographique : les promesses unilatérales seraient surtout observées à Paris et dans le Midi tandis que les promesses synallagmatiques gouverneraient le reste de la France<sup>(10)</sup>.

Contrats préparatoires modèles, les promesses de contrat sont d'ailleurs les seules évoquées par le code civil, à travers l'article 1589 du code civil rejoint médiocrement par un article 1589-1 issu de la loi « SRU » du 13 décembre 2000. Elles sont des formules contractuelles très usitées, nées de la pratique notariale<sup>(11)</sup> et dont la jurisprudence et la doctrine ont déterminé le régime. Elles peuvent se définir comme les contrats qui ont pour objet de créer à la charge soit de l'une (promesse unilatérale), soit des deux parties (promesse synallagmatique) l'obligation de conclure un contrat déterminé dans sa nature et son contenu. La promesse unilatérale de contrat peut se définir comme l'accord par lequel l'une des parties, le promettant, promet à l'autre, le bénéficiaire, de conclure, si celui-ci lève une option résultant de la promesse avant l'expiration d'un délai déterminé, un contrat dont les éléments sont d'ores et déjà définis dans ledit accord. « En d'autres termes, le bénéficiaire de la promesse prend acte de l'engagement du promettant, mais ne promet pas de conclure le contrat définitif. Il dispose d'une option qui lui laisse dans l'avenir la liberté de donner ou non son consentement à celui-ci »<sup>(12)</sup>. C'est à partir de cette définition communément admise que les analyses diffèrent sur le fondement, essentiellement, de la considération du contenu de la promesse de contracter, de l'intensité de l'engagement du promettant et donc de la rétractation de la promesse par ce dernier. Or, nous verrons que cette définition est essentiellement doctrinale de sorte que la critique, doctrinale, de la jurisprudence repose sur un simple discours : serait fausse la prétention de la Cour de cassation de donner une solution qui, au final, renverse la définition donnée par la doctrine. Il restera cependant à mesurer l'autorité et la justesse de cette définition.

4. Parmi les nombreuses difficultés posées par les promesses de vente, celle constituée par la rétractation de sa promesse par le promettant est assurément la plus encline à la polémique. Si les enjeux économiques sont en effet très importants, les analyses retenues, sur un plan fondamental, ne le sont pas moins car c'est alors la conception du contrat que l'on se fait qui est placée en exergue.

Ainsi, M<sup>me</sup> M. Fabre-Magnan traitait de cette question, pour approuver elle aussi la solution jurisprudentielle, à partir de l'analyse parfois tentée de l'objet de l'obligation du promettant comme une obligation de donner. Elle montrait ainsi que l'obligation de donner est une obligation impossible, plus qu'inutile, surtout pour expliquer le mécanisme du transfert de propriété, et elle cherchait à démontrer que le transfert de propriété en tant qu'effet du contrat se suffit à lui-même. Elle réfutait alors l'alternative entre obligation de donner susceptible d'exécution forcée et obligation de faire qui ne le serait pas, telle que la jurisprudence la présente en matière de promesses de vente, qu'elles soient unilatérales ou synallagmatiques (13).

A l'inverse, M. P. Ancel a, dans un célèbre article intitulé Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, placé le débat autour de la distinction opposant la conception fondée sur l'autonomie de la volonté, disons la conception individualiste, et la conception normativiste. La conception classique, telle du moins que la présente M. Ancel, envisage le contrat - et la promesse de vente - comme un outil simplement producteur d'obligations de donner, de faire ou de ne pas faire. Il constate que bien des effets d'un contrat ne sont pas des obligations : des options, des renonciations, des paiements, des facultés, des libertés, des délais, des effets de toute nature, constitutifs, extinctifs, abdicatifs, translatifs... La force obligatoire du contrat ne se confond donc pas avec le contenu obligationnel du contrat : ce serait réducteur, faux et inefficace. Jusque-là, tout le monde est d'accord. On peut l'être moins lorsqu'il rattache ce constat à la doctrine normativiste, disons pour résumer kelsénienne, qui ferait du contrat l'une des normes de sa fameuse pyramide : le contrat ne produirait ses effets que dans la mesure de ce que la loi autorise. Cette association n'est nullement nécessaire : le contrat est certes un acte normateur au sens où le décrit P. Ancel mais sans que l'on doive le rattacher impérativement

à la pyramide des normes. Le mot « norme » contractuelle est-il identique au terme « norme » tel qu'on l'envisage en matière de théorie ou de philosophie du droit ? C'est autant une question de théorie du droit et de conception des sources du droit  (14) qu'un problème de philosophie analytique qu'il ne nous appartient pas de résoudre ici mais, plus techniquement, on pourrait par exemple objecter que les contrats internationaux et bien des contrats d'affaires n'ont pas nécessairement besoin d'une permission légale pour être obligatoires et se satisfont de la loi du marché. On observera encore, quoique rapidement, que la démonstration présente une certaine radicalité en ce sens que la sanction de la force obligatoire du contrat conduit presque nécessairement à l'exécution en nature du contrat. On peut au contraire dissocier les deux propositions. La force obligatoire du contrat et son exécution, éventuellement forcée d'une part, la question des moyens de parvenir à cette exécution, exécution en nature ou exécution par équivalent. Nous y reviendrons car ces détours théoriques ne sont guère éloignés de la question qui nous occupe ici. D'autres distinctions fondamentales pourraient encore être appelées en renfort de l'analyse des promesses de contracter : celle qui oppose les tenants d'une conception subjective du contrat contre les tenants d'une conception plus objective. On rencontre cette distinction notamment à l'examen des mécanismes de circulation du contrat mais aussi dans les promesses avec le problème des clauses de substitution. Où la conception subjective renâcle à admettre la cession d'un contrat, la conception objective l'admet bien plus aisément : le contrat est autant un bien qu'un lien, le contrat avant les contractants. On peut encore inviter la distinction qui oppose les tenants d'une conception morale ou sociale du contrat où l'on reconnaîtra l'approche solidariste du contenu du contrat contre les tenants d'une conception plus utilitariste du contrat. Toutes ces approches du contrat, que l'on ne va bien entendu ni inventorier ni analyser ni discuter ici, éclairent plus ou moins les arguments qui sont présentés dans le débat de l'efficacité de la promesse de contracter.

5. Dès lors, il paraît indispensable de reprendre l'ensemble de l'analyse doctrinale et jurisprudentielle sur le thème de la promesse de contracter. Pour ce faire, un rapide tour d'horizon permettra en premier un regard, technique, sur *le constat de l'efficacité de la rétractation* afin de déterminer de quelle façon la jurisprudence traite de cette question ; il impliquera en second une interrogation sur *la justification de*

*l'efficacité de la rétractation* de la promesse de contracter, laquelle offrira l'occasion d'annoncer les raisons  
de la solution jurisprudentielle.

### **Le constat de l'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter**

6. Rétracter ? Rétractation ? Voilà des termes bien curieux, que M. G. Cornu dans son Vocabulaire juridique<sup>(15)</sup> prend soin d'explicitier, consacrant ce faisant sa juridicité : « manifestation de volonté contraire par laquelle l'auteur d'un acte ou d'une manifestation unilatérale de volonté entend revenir sur sa volonté et la retirer comme si elle était non avenue, afin de la priver de tout effet passé ou à venir ». Le terme n'est d'ailleurs pas réservé au contrat de promesse. Le droit de la consommation et son code fourmillent de délais et de facultés de rétractation, celle de l'article L. 121-16 en matière de contrats conclus à distance, de l'article L. 121-25 en matière de démarchage à domicile, ou encore de l'article L. 311-15 en matière de crédit à la consommation. Signalons enfin et surtout, par un singulier paradoxe, la faculté de rétraction de l'acheteur non professionnel immobilier de l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation issu de la loi « SRU » du 13 décembre 2000. Il s'agit cependant moins de formules contractuelles de « rétractation » que des sortes de clauses légales de dédit à titre gratuit dans lesquelles la réflexion d'un contractant est aménagée *a posteriori*, pour lui permettre de revenir sur un engagement pris peut-être à la légère ou en raison de l'utilisation de techniques commerciales incitatives et agressives.

La « rétractation » de la promesse est sans doute un terme moins fort que celui envisagé par M. Cornu dans la mesure où le but de la rétractation n'est pas « de la priver de tout effet passé ou à venir ». Le terme emprunte également à la signification usuelle du terme : « le fait de déjuger ce qui a été fait, dit ou écrit » affirme le Littré. Dans tous les cas, le terme « rétractation » est affecté d'un certain préjugé négatif qui n'est vraisemblablement pas sans influence sur la conception que l'on peut se faire du contenu de la promesse et de son régime. Rétracter une affirmation consiste à déclarer que l'on a plus l'opinion que l'on avait exprimée, c'est-à-dire démentir ; se rétracter consiste à reconnaître formellement la fausseté de ce qu'on a affirmé. Le terme « rétractation » est donc assez négatif, il renvoie également au terme « retraite » et l'on parle de la retraite honteuse d'une armée, voire de sa

débâcle, même si certaines sont admirables.

Face à ces constats bien négatifs, nous préférierions un terme plus contractuel, moins marqué, plus neutre. Disons d'emblée avant de le démontrer que la formule - évidemment moins imagée, moins directe - de « résiliation unilatérale du contrat de promesse par le promettant » nous paraît bien préférable et plus conforme à la réalité contractuelle, dans laquelle la rétractation de la promesse consiste pour le promettant soit, directement, à retirer sa promesse, un peu comme le pollicitant retire, rétracte, son offre soit, indirectement, par exemple par la vente de la chose par le promettant. Ces constats permettront de mesurer, d'une façon générale, le degré d'efficacité de la promesse de contracter.

### **Les formes directes de rétractation de la promesse**

7. La première forme de rétractation de sa promesse par le promettant est la rétractation proprement dite de la promesse de contracter : le promettant indique au bénéficiaire qu'il n'entend plus être lié par celle-ci avant que le bénéficiaire ait levé l'option et, partant, privant ce dernier de la possibilité d'opter, malgré les termes et l'objet du contrat de promesse. Il s'agit en corollaire de savoir si l'exécution forcée de l'engagement du promettant est possible dans l'hypothèse où le promettant rétracte sa promesse, et de quelle façon doit s'entendre cette exécution forcée.

L'analyse doctrinale classique privilégie l'observation suivante de l'engagement du promettant. Celui-ci a engagé son consentement au contrat promis de façon irrévocable en concluant la promesse de contracter en sorte que, à la différence de la simple offre de contracter, le promettant ne pourrait rétracter sa promesse ou tout au moins, cette rétractation serait inefficace : « le contrat d'option rend l'offre irrévocable » (16). De sorte que la seule sanction sérieuse du promettant serait d'ignorer sa rétractation. C'est donc une exécution en nature de la promesse qui est choisie. L'analyse classique fait par conséquent de la promesse de contracter un contrat très proche du contrat promis. A bien des égards d'ailleurs, le contrat promis apparaît comme à moitié conclu, s'agissant du promettant tout au

moins. Le bénéficiaire pourrait toujours lever l'option, dans les conditions qui étaient initialement fixées, et faire constater la formation de la vente pour demander, ainsi, l'exécution forcée en nature de la promesse.

8. Pourtant, contre l'avis de la majorité de la doctrine, la Cour de cassation s'est prononcée dans l'important arrêt (17) du 15 décembre 1993 en défaveur de toute exécution forcée du promettant (18). Rappelons brièvement les faits : M<sup>me</sup> Godard avait consenti une promesse de vente portant sur un immeuble aux consorts Cruz, accordant à ces derniers une option courant jusqu'au 1<sup>er</sup> septembre 1987. Mais, le 26 mai 1987, la promettante notifiât aux bénéficiaires sa décision de ne plus vendre. Les bénéficiaires particulièrement têtus levaient tout de même l'option le 10 juin 1987 de sorte que l'appréciation de l'efficacité de la rétractation était particulièrement opportune. Pour la Cour de cassation, la rétractation par le promettant avant l'échéance de la levée d'option est pleinement efficace et le bénéficiaire de la promesse simplement créancier d'une obligation de faire ne peut obtenir l'exécution forcée de la promesse, c'est-à-dire le maintien forcé du consentement du promettant : « les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et ... la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir ».

9. Malgré les contestations unanimes et nombreuses, la Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence. Un arrêt du 26 juin 1996 (19) a été l'occasion pour la « doctrine de la Cour de cassation » de manifester à nouveau son attachement à cette solution. Or, cet arrêt du 26 juin 1996 était une bonne occasion pour la Cour de revenir sur l'arrêt de 1993. Elle a délibérément choisi de ne pas le faire. Le conseiller rapporteur D. Prunier invitait ses collègues à « réaffirmer la doctrine de notre précédent arrêt en retenant ... que la recherche (de savoir si le promettant avait rétracté sa promesse alors que le bénéficiaire avait levé l'option) n'était pas demandée, ce qui sous-entend que si elle l'avait été, elle aurait été efficiente, montrant ainsi que seule la levée de l'option est de nature à justifier que le promettant, tenu alors d'une obligation de donner, soit obligé de s'exécuter et qu'à défaut sa volonté soit suppléée par une décision judiciaire » (20), éclairant - peu - une solution ambiguë dont



l'interprétation fut divergente (21) mais finalement considérée comme une solution de confirmation de l'arrêt de 1993.

Ce premier constat est donc bien établi : la rétractation, directe, de la promesse par le promettant avant la levée de l'option est efficace.

### **Les formes indirectes de rétractation de la promesse de contracter**

10. Une forme voisine de rétractation repose sur l'hypothèse de la vente de la chose objet de la promesse par le promettant à un tiers. Il ne s'agit pas seulement d'une hypothèse particulière dérivant de la première car, à la précédente difficulté, s'ajoute la question de savoir si le bénéficiaire pourrait demander l'annulation de la vente consentie par le promettant au tiers au mépris de son droit issu de la promesse.

Or, le bénéficiaire ne dispose que d'un droit personnel contre le promettant et non d'un droit réel sur le bien objet de la promesse, même lorsqu'il s'agit d'une promesse de vente, de sorte que si le principe de l'effet relatif du contrat de promesse impose que le tiers doive respecter son contenu, le bénéficiaire bafoué ne disposera de guère de moyens pour défendre son droit (22). L'exposé de ces solutions montre d'ailleurs que la solution proposée par la Cour de cassation dans son arrêt de 1993 n'est pas isolée, bien au contraire.

11. Contre le promettant, les moyens d'action du bénéficiaire sont limités à des actions en responsabilité contractuelle et ne sont guère plus efficaces contre le tiers acquéreur, d'autant moins que le tiers sera de bonne foi (23). Tout au plus pourra-t-il utiliser, en cas de mauvaise foi du tiers, les moyens offerts par les règles de la responsabilité ou de l'action paulienne de l'article 1167 du code civil. Si le tiers connaissait l'existence de la promesse, il a commis une faute en acquérant ce bien qui pourrait justifier que le juge prononce l'inopposabilité de l'acquisition à l'égard du bénéficiaire de la promesse (24) plutôt que de choisir un mode de réparation par l'allocation de dommages et intérêts

destinés à compenser le préjudice subi par le bénéficiaire (25).

12. Plus difficile est la question de savoir si le bénéficiaire déçu peut obtenir l'annulation de la vente conclue entre le promettant et le tiers. L'annulation du contrat conclu avec le tiers au mépris des droits du bénéficiaire ne peut s'autoriser d'une violation de l'adage *nemo plus juris...*, ni, en particulier, de l'article 1599 du code civil relatif à la vente de la chose d'autrui dans la mesure où la promesse unilatérale de vente ne crée pas de droit réel au profit du bénéficiaire et que seul l'acheteur est titulaire de l'action en nullité, relative, de l'article 1599 du code civil.

On considère généralement que le juge pourrait, en cas de fraude manifeste, prononcer éventuellement la nullité du contrat. Une telle fraude ne serait cependant pas la fraude paulienne de l'article 1167 dans la mesure où celle-ci ne connaît pour sanction que l'inopposabilité de l'acte (26). L'annulation pourrait être poursuivie sur le fondement plus général de la règle *fraus omnia corrumpit* au cas où le bénéficiaire serait en mesure de prouver la collusion frauduleuse du promettant et du tiers. Il ne s'agit là, en tout état de cause, que d'une possibilité pour le juge qui choisit le mode de réparation qu'il estime le plus opportun (27). Par ailleurs, le droit du bénéficiaire n'est pas renforcé par la publication de la promesse à la conservation des hypothèques. Le tiers n'est pas de ce fait censé la connaître puisque aux termes des règles de la publicité foncière, il ne s'agit que d'une inscription facultative, mais on pourrait admettre que la publication participe de la démonstration probatoire destinée à renverser la présomption de bonne foi du tiers.

Toutes ces solutions de rattrapage sont bien illusoires. Il paraît assez évident que les solutions résultant des arrêts de 1993 et 1996 sur des rétractations « directes » emportent des conséquences voisines dans des hypothèses de rétractations « indirectes ». La sanction par la substitution du bénéficiaire au tiers, dont le succès était déjà bien douteux auparavant, devient une perspective très lointaine : il suffirait au promettant de rétracter sa promesse puis de vendre au tiers. Le problème est toujours le même : le promettant ne souhaite plus contracter avec le bénéficiaire, peut-on l'y contraindre ?

13. Les difficultés rencontrées par le bénéficiaire d'une promesse ressemblent alors à celles qui auraient été les siennes s'il avait été bénéficiaire d'un pacte de préférence face à un promettant qui n'aurait pas respecté le droit de préférence du bénéficiaire. Or, force est d'observer que les sanctions du promettant, dans un pacte de préférence, sont loin d'être parfaitement efficaces. Ainsi, pour un pacte de préférence portant sur des actions de sociétés, l'existence d'un tel pacte de préférence n'entrave pas la cessibilité des actions, dans la mesure où le pacte de préférence ne constitue pas une restriction au droit de disposer de ces actions (28). La vente du bien objet du pacte de préférence au mépris du pacte de préférence est donc valable.

Dès lors, la sanction de la violation d'un pacte de préférence consiste simplement en l'allocation de dommages et intérêts au créancier de préférence (29). Le bénéficiaire ne peut donc réclamer l'exécution forcée du contrat en vertu du principe de son effet relatif selon lequel si, bien entendu, le pacte de préférence est opposable au tiers, et réciproquement, le tiers ne saurait se voir lié par les effets obligatoires du contrat (30). Les tribunaux peuvent, seulement, en cas de mauvaise foi du tiers, annuler le contrat conclu avec ce tiers s'il est établi que celui-ci a eu « connaissance non seulement de l'existence de la clause de préférence, mais encore de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir » (31). Ainsi, la Cour de cassation censurait récemment l'arrêt d'appel qui avait annulé une vente « sans rechercher si l'acheteur avait eu connaissance de l'intention du titulaire à faire usage de son droit » (32). Mais on cherche en vain une décision définitive faisant application de cette règle.

En toute hypothèse, le bénéficiaire du pacte ne saurait être substitué au tiers acheteur, et ce malgré un arrêt du 7 mars 1989 (33), dont on a pu penser qu'il admettait implicitement la possibilité de la substitution lorsque était démontrée l'existence d'une fraude commise lors de la violation du pacte de préférence, conséquence directe de la solution désormais établie selon laquelle le pacte de préférence ne constitue pas une restriction au droit (du promettant) de disposer (de l'objet du pacte) en sorte que le promettant n'était pas obligé de conclure mais simplement de préférer comme l'affirmait l'arrêt du 30 avril 1997 (34). Seules la résolution judiciaire et l'allocation de dommages et intérêts peuvent donc être espérées par le bénéficiaire déçu, contre le promettant si le tiers est de bonne foi, contre le

promettant et contre le tiers, *in solidum*, si le tiers est de mauvaise foi (35).

14. Le constat est donc à nouveau des plus clairs : la rétractation de sa promesse par le promettant est efficace en ce sens que le bénéficiaire ne peut pas obtenir l'exécution forcée de la promesse, il ne pourra obtenir davantage que des dommages et intérêts. Cette efficacité est clairement affirmée par la Cour de cassation et elle s'inscrit logiquement dans sa jurisprudence sur le non-respect de ce type d'outils contractuels de l'avant-contrat. Encore convient-il de le justifier.

#### **La justification de l'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter**

15. La justification de cette efficacité est le coeur du problème posé, une fois constaté le régime de la promesse et donc que la rétractation n'est pas sanctionnée par le maintien forcé du consentement par la jurisprudence.

L'alternative doctrinale aux solutions prétoriennes contestées serait la possibilité d'obtenir, devant une juridiction, la conclusion forcée du contrat promis, son exécution en nature. La perspective existe d'ailleurs : la rétractation de la promesse par le promettant après que le bénéficiaire a opté serait inefficace, le contrat promis étant alors formé. Le bénéficiaire peut obtenir le constat judiciaire de la conclusion de la vente. Mieux, elle permet d'obtenir un titre authentique, par exemple lorsque le vendeur refuse de réitérer la vente en sa forme authentique. La jurisprudence se fonde alors sur l'existence d'une obligation de donner qui permet, elle, l'exécution forcée de l'obligation et du contrat. Surtout envisagée à propos des promesses synallagmatiques de vente (36), elle est pleinement applicable aux promesses unilatérales après que le bénéficiaire a levé l'option.

Il reste donc, à lire la doctrine, à s'offusquer de la solution retenue, ce qui laisse cependant la place à des arguments permettant de la justifier. Nous présenterons ces arguments *pro* et *contra* successivement, plutôt qu'en les entremêlant afin de faire la part de la valeur de chacun de ceux-ci.

#### **Contre la solution jurisprudentielle : il faut imposer la conclusion du contrat promis**

16. Les arguments contre la solution sont les plus nombreux et les plus développés en doctrine. Ils se fondent sur la nature de la promesse de vente ou bien sur son contenu mais ils s'accompagnent d'autres qui relèvent de la morale contractuelle.

### **Arguments tenant à la nature de la promesse de contracter**

17. Quel est l'objet d'une promesse de contracter ? C'est l'une des questions centrales. Pour l'essentiel de la doctrine qui critique les solutions jurisprudentielles, la plus importante donc, voire la quasi-unanimité, le promettant a déjà donné son consentement au contrat préparé. C'est la conception classique de la promesse de vente que l'on retrouve, depuis l'article de Boyer sur les promesses synallagmatiques de vente paru en 1949 <sup>(37)</sup>, chez la grande majorité des auteurs d'ouvrages de droit des obligations ou de droit des contrats spéciaux : « Le promettant s'étant d'ores et déjà engagé à vendre à des conditions précises, la réalisation de l'opération ne dépendra plus que de la seule volonté du bénéficiaire » <sup>(38)</sup>. L'affirmation est parfois plus directe. Mes collègues et amis Antonmattéi et Raynard écrivent ainsi que « dans les relations entre les parties, l'engagement du promettant (son acte de volonté à la vente) est irrévocable pendant la durée de validité de la promesse ; il s'ensuit que la rétractation de celui-ci, intervenue à cette époque est normalement inopérante : si le bénéficiaire a déjà levé l'option avant, le contrat est conclu ; si le bénéficiaire n'a pas levé l'option avant la rétractation, il doit toujours pouvoir le faire pendant la durée d'efficacité de la promesse » <sup>(39)</sup>. De même, M<sup>me</sup> J. Schmidt présente la promesse comme le contrat ayant « pour objet de mettre à la charge du promettant l'obligation de maintenir l'offre de contrat définitif pendant le délai d'option » <sup>(40)</sup>, de sorte que « il n'est pas exact d'affirmer que le promettant s'engage à conclure le contrat définitif » <sup>(41)</sup>. On se prend à espérer une présentation alternative. Mais elle poursuit : « il a exprimé ce consentement de manière irrévocable dans la promesse si bien que la formation de contrat définitif dépend uniquement de la levée de l'option par le bénéficiaire. L'obligation du promettant consiste à maintenir son consentement à la disposition du bénéficiaire pendant la durée de l'option et, corrélativement, à s'abstenir de tout comportement qui compromettrait la réalisation du contrat définitif ».

Il résulte donc de la conception que la doctrine ultramajoritaire se fait de la promesse de vente que celle-ci est une sorte de contrat hybride : pour le bénéficiaire elle est un véritable contrat préparatoire à la vente en ce sens que la conclusion du contrat définitif n'est pas certaine, tandis que pour le promettant, elle serait déjà la vente. Le maître mot est alors l'irrévocabilité de l'engagement de la promesse par le promettant parce que l'objet de la promesse serait le maintien du consentement. Il nous semble cependant que cela procède essentiellement de l'autosuggestion doctrinale : dans la plupart des cas, les auteurs envisagent en premier la définition de la promesse de vente et donc leur espoir contractuel, avant d'envisager ensuite les solutions jurisprudentielles, pour les regretter, fatalement, puisqu'elles ne concordent pas avec les propos premiers. Or, la promesse de vente n'est pas un contrat spécial répondant à un étalon contractuel qui serait figé dans le marbre de la loi, codifiée ou non. Elle est une création de la pratique dont la doctrine tente de rendre compte. Si l'on observe, à l'inverse, la position jurisprudentielle, on observera que si la promesse comporte une obligation de contracter, celle-ci ne peut pas se solder par le forçage du consentement au contrat promis, fût-ce moralement regrettable.

### **Arguments tenant au contenu de la promesse de contracter**

18. Une deuxième série d'arguments, très voisins des premiers, repose sur le contenu de la promesse et donc sur son exécution. A partir du constat que la promesse engage le promettant comme vendeur, son engagement de vendeur serait irrévocable sur le fondement de l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup> de sorte que la solution de la Cour « fragilise le droit du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente »<sup>(42)</sup>, si l'on s'en tient à l'opinion doctrinale majoritaire.

Certains auteurs ont cependant fait valoir que cette façon de raisonner - la rétractation n'est pas l'exécution d'une obligation ou du contrat mais une question de révocation d'une obligation - a été

contestée par une partie de la doctrine (43) qui considère que la solution, pour contredire efficacement la jurisprudence, pourrait être radicale : il convient en effet d'observer que la rétractation est inefficace en ce sens qu'elle est une violation de l'article 1134 lui-même, et point de l'article 1142 du code civil. Mais il suffit d'observer que cette présentation est un rien artificielle : en quoi la violation de l'engagement de promesse est-il la violation d'un engagement légal et non d'une obligation ? Ne suffirait-il pas au promettant de résilier le contrat de promesse, plutôt que de la rétracter, pour que le résultat soit identique ? C'est alors assimiler révocation de l'engagement et résiliation de celui-ci (44), délibéré.

Il reste alors à découvrir le contenu de la promesse, de sorte qu'il permette de parvenir à ce résultat. L'obligation du promettant pourrait donc être une obligation ou pas, si l'on suit P. Ancel ou R.-N. Schütz notamment, reprenant en cela les analyses de L. Boyer (45) et de F. Collard-Dutilleul (46).

**19.** Si l'engagement du promettant se réalise dans une obligation, il s'agira vraisemblablement d'une obligation de faire. C'est la solution retenue par la Cour dans les arrêts de 1993 et 1996. La doctrine qui critique ces solutions retient généralement que cette obligation de faire est de peu de consistance. L'obligation de faire en question ne pourrait qu'être l'obligation à la charge du promettant de maintenir son offre. Pour la doctrine, cette analyse présente cependant un grave inconvénient. Il en résulte en effet que la promesse de vente ne fige pas le consentement du promettant : il n'a pas donné son consentement à la vente. C'est alors toute l'économie de la promesse unilatérale - dans la logique prônée par les tenants de cette conception - qui est bouleversée par cette décision (47).

A moins que l'on admette, pour réaliser et vérifier cette économie du contrat de promesse, que cette obligation de faire soit, au contraire des solutions de 1993 et 1996, susceptible d'exécution forcée, entendons d'exécution forcée en nature. Sans entrer dans les détails de l'application de l'article 1142 du code civil, on sait que le principe selon lequel les obligations de faire se résolvent en dommages et intérêts est appliqué avec une certaine souplesse, en gros selon que l'implication de la personne est ou non envisagée. C'est alors toute la satisfaction du principe de liberté contractuelle qui est en cause.

Les critiques des solutions de 1993 et 1996 considèrent le plus souvent qu'une telle exécution forcée est possible car l'enjeu est la force obligatoire du contrat et non la liberté de contracter ou de ne pas contracter. Soit, mais alors, ce n'est plus le principe de l'article 1142, qui n'évoque que l'exécution des *obligations*, qui serait invoqué. Il paraît en toute hypothèse difficile d'imposer l'exécution forcée en nature de l'obligation de maintenir son offre ou d'une obligation de contracter. La force obligatoire de la promesse de contracter se heurte en effet au principe de la liberté contractuelle. Autant l'obligation de payer ou l'obligation de livrer peuvent faire l'objet d'une « exécution forcée » par le créancier par le biais d'une saisie - ce qui signifie, au passage, que ce n'est pas d'exécution forcée du débiteur dont il s'agit mais simplement de satisfaction contrainte du créancier - autant le maintien de l'offre, pour autant qu'il s'agisse d'une obligation, est impossible à forcer. Elle implique la personne dans ce qu'elle a de plus intime, la volonté, et elle implique une « chose » des plus incorporelles, la volonté encore. Même si « l'exécution forcée des obligations contractuelles de faire » (48) est promue chaque fois qu'elle est possible, et donc que « l'exécution en nature n'est plus une exception, c'est certain » (49), cela ne permet pas de franchir les limites du principe de la liberté contractuelle. Or la promesse de contracter s'inscrit dans le temps de l'avant-contrat, de la négociation. Rien n'est encore figé pour la conclusion du contrat définitif même si la formule contractuelle de la promesse est une formule plus contraignante que les outils traditionnels de la négociation tel le contrat de négociation.

20. Une partie de la doctrine estime cependant que l'obligation pourrait être une obligation de ne pas faire (50), une obligation de ne pas obérer la réalisation de cette première obligation et, notamment, de ne pas offrir la conclusion du contrat objet de la promesse à un tiers voire plus largement de « ne rien faire qui viendrait faire obstacle à la vente si le bénéficiaire lève l'option » (51). A moins qu'il s'agisse d'une obligation particulière, *sui generis* en quelque sorte, « d'une obligation spécifique non protégée par le législateur » (52).

Sans doute également et à l'inverse de ce dont le pourvoi faisait état dans l'arrêt de 1993 par exemple, le promettant n'est pas tenu d'une obligation de donner (53). Une telle obligation de donner ne naît,



en effet, qu'à la levée de l'option, formant la vente ou dans une promesse synallagmatique de vente. Par ailleurs, une telle obligation de donner ne vaudrait que pour les promesses de *vente* alors même que le propos peut - doit - être généralisé à l'ensemble des promesses de contrat, contrat translatif de propriété ou non. La jurisprudence évoque d'ailleurs l'existence d'une obligation de donner mais uniquement en face d'une promesse synallagmatique de vente, ou d'une promesse unilatérale de vente ayant fait l'objet d'une option, alors que le vendeur ou l'acheteur (54) refuse de réitérer l'acte en sa forme authentique. L'obligation de donner est alors propre à la vente, ici conclue, point à la promesse et est une technique permettant d'imposer la force obligatoire de la vente, pas de la promesse.

**21.** L'alternative consiste à déborder l'obligation et son éventuelle exécution forcée en considérant que ce n'est pas une obligation qui est en question mais le contrat. M<sup>me</sup> R.-N. Schütz (55) l'exprime par exemple à travers un raisonnement en deux étapes. En premier, le principe en cause est celui de la force obligatoire du contrat (de promesse) et non la liberté de contracter ou de ne pas contracter (la vente). Elle considère en second et de façon induite que la « promesse de vendre contient plus qu'une simple obligation de maintenir une offre : elle contient un engagement immédiat et définitif de vendre. Cet engagement contractuel est, conformément, à l'article 1134, alinéa 2, irrévocable ; il n'y a donc pas de problème d'inexécution ».

La proposition formulée par P. Ancel est plus sophistiquée. Il considère que les promesses unilatérales de vente contiennent des obligations de faire ou de ne pas faire mais ne se réduisent pas à des obligations. Dans la logique de sa présentation normativiste du contrat, il considère que le promettant ne s'est pas engagé à contracter, à passer le contrat définitif, « cette présentation paraît difficilement conciliable avec la notion même de contrat : peut-on, à titre principal, s'obliger à consentir ? » (56) mais qu'il a d'ores et déjà donné son consentement à la vente, au contrat préparé « lequel n'a plus besoin que de l'acceptation de l'autre pour se former ». L'exécution de la promesse concerne donc l'exécution du contrat de promesse et celle d'une obligation quelconque qu'elle contient. L'exécution forcée de la promesse exprime donc l'engagement du promettant, en ce qu'il est irrévocable : « le promettant n'est pas dans la situation d'un débiteur mais ... il est, plus fondamentalement, tenu par le

contrat

».

### **Arguments de morale contractuelle**

**22.** Un dernier argument, et point le moindre, pour condamner la position de la Cour de cassation : il conviendrait de contraindre le promettant malgré sa rétractation parce qu'ainsi on ferait triompher le respect de la parole donnée et donc la morale contractuelle. La consécration de l'efficacité de la rétractation serait en effet une prime à la fraude et à la mauvaise foi du promettant (57). Ce faisant la sécurité juridique attendue de la promesse serait bafouée. C'est un argument curieux où l'on retrouve une confusion volontaire entre exécution forcée et exécution en nature : à ce compte, toutes les inexécutions contractuelles devraient se solder par une exécution forcée en nature de l'engagement du débiteur récalcitrant. Or on en est loin. Qu'est-ce qui justifierait l'originalité de la promesse unilatérale de vente et des obligations qu'elle contient pour mériter une sanction si importante ? Leur objet peut-être, le fait qu'elles portent souvent sur un immeuble, chose rare, chère et convoitée. L'affirmation repose surtout sur la définition préalablement proclamée de la promesse unilatérale de contracter comme figeant le consentement du promettant. Or, c'est cette définition, purement doctrinale, qui est remise en question par la Cour de cassation et qui permet de proposer une analyse alternative de la promesse et par là de justifier la position de la Cour de cassation : non, l'exécution forcée de la promesse n'est ni possible, ni souhaitable.

**Pour la solution jurisprudentielle : l'exécution forcée de la promesse n'est ni possible ni souhaitable**

### **Arguments particuliers aux promesses de contracter**

23. Considérons, en premier lieu, que les arrêts de 1993 et 1996 ne sont pas un revirement de jurisprudence comme on l'écrit souvent. La doctrine a très souvent tendance, dans ce débat, à confondre la façon dont elle décrit habituellement les promesses de vendre et la jurisprudence qui l'accompagne (58). On observe par exemple que jamais la jurisprudence n'a formulé de solution contraire à sa position résultant de l'arrêt de 1993 par le passé, ce que reconnaît très honnêtement par exemple M<sup>me</sup> R.-N. Schütz (59) observant que la jurisprudence actuelle remonte à ... 1839 : « malgré les affirmations doctrinales classiques, auxquelles la solution de la troisième chambre civile s'oppose nettement, l'arrêt du 15 décembre 1993 ne constitue pas un revirement de jurisprudence. Bien que la doctrine classique ait présenté l'inefficacité de la rétractation comme un principe acquis, aucune décision n'avait formulé cette solution lorsque la rétractation intervient avant la durée de l'option ». Pothier évoquait d'ailleurs ce problème dans son *Traité de la vente* en 1768 comme non réglé (60). Bien au contraire, la jurisprudence a toujours admis l'efficacité de la rétractation de la promesse de vente, et même au-delà des seules promesses unilatérales de vente d'immeuble (61).

24. On peut surtout proposer une analyse différente de la promesse unilatérale de contracter. On peut alors se fonder sur la promesse de vente qui est décidément au cœur du débat. La définition traditionnelle considère que le consentement du promettant à la vente promise est d'ores et déjà donné, à la différence du bénéficiaire, que l'engagement du promettant est irrévocable. Cette solution est critiquable pour au moins deux raisons.

25. En premier, cette solution qui vise à permettre l'exécution forcée de la promesse aboutit à *objectiver, désincarner et rigidifier* la volonté du promettant. Il faudrait en effet admettre le raisonnement suivant : le promettant a déjà, par la promesse, donné son consentement à la vente en sorte que la levée de l'option par le bénéficiaire, même postérieure à la rétractation, formera la vente. Le promettant ne peut donc rétracter efficacement son consentement et le bénéficiaire peut, dans le délai, lever l'option, malgré la rétractation, inopérante, du promettant, assurant ainsi moins l'exécution forcée en nature de la promesse par le maintien forcé du consentement du promettant que celle de la vente elle-même (62).

(62). Le tout en faisant semblant de croire que cela ne heurte pas l'article 1142 du code civil dans la mesure où ce maintien n'entraverait pas la liberté individuelle ou ne porterait pas atteinte à l'intégrité corporelle du promettant.

Or, on peut proposer une analyse différente du contenu de la promesse : le vendeur émet un consentement à la promesse dont l'objet est de maintenir son offre de vendre. Distinguons bien, donc, le consentement à la promesse et le consentement à la vente, alors que l'analyse classique parvient à une confusion : le consentement à la promesse serait en même temps le consentement à la vente, mais ce uniquement pour le promettant.

26. L'analyse classique assimilant le consentement à la promesse et le consentement à la vente opère une curieuse confusion des consentements qui provient peut-être de la polysémie de la notion de consentement. Celle-ci est, pour résumer, ou bien l'accord, la rencontre des volontés, ou bien la manifestation de volonté elle-même (63). Que l'on retienne l'une ou l'autre signification, on ne peut faire l'économie de l'analyse concrète de la promesse de contracter. Retenons, pour faire simple dans la suite de nos développements, que le terme « consentement » vise l'accords des volontés et que le terme « volonté » signifie la manifestation de volonté de l'un des contractants (64). L'analyse majoritaire de la promesse de vente considère que la volonté de s'engager du promettant traduit d'une part le consentement à la promesse et d'autre part la volonté de s'engager à la vente. Le consentement à la vente, qui est le contrat lointain, le contrat préparé, sera réalisé par l'échange des volontés du vendeur et de l'acheteur, ce dernier le fournissant par l'option. Figurer la volonté du vendeur, par le truchement du contrat de promesse, est donc assez étonnant dans la mesure où elle traduit une sorte de « demi-consentement au contrat préparé ». Or il nous semble que c'était précisément cette analyse que la Cour de cassation cherchait à contrecarrer en 1993 en affirmant que la rétractation « excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer ». C'est donc bien que ces volontés de vendre n'avaient pu se rencontrer, que le consentement à la vente était impossible, ce qui semble nier le fait que le promettant ait déjà donné son consentement à la vente. En pratique d'ailleurs, dans bien des cas, l'objet ou le prix sont peu déterminés, des conditions suspensives indiquent que le

consentement, des deux partenaires, est encore loin d'être acquis. Il est donc particulièrement réducteur d'affirmer que la promesse unilatérale de vente est en attente de l'option du bénéficiaire laquelle formera la vente. Dans bien des cas, l'option ne formera pas définitivement la vente.

Peut-être cette confusion est-elle entretenue par les résumés sémantiques auxquels on procède généralement en matière de promesse unilatérale de contracter. En premier, la promesse de vente serait un avant-contrat, une sorte de « moindre contrat », de contrat dépendant du contrat préparé. Or, tout au contraire, le contrat de promesse participe certes à l'avant-contrat, mais est un contrat. Un contrat ordinaire et autonome des autres contrats et notamment du contrat préparé. Les consentements nécessaires à la formation de ces deux contrats sont donc bien séparés. En second, l'analyse est souvent proposée au soutien de l'efficacité de promesses unilatérales *de vente* : la rétractation serait impossible puisque le vendeur à presque déjà vendu et le transfert de propriété est pratiquement déjà réalisé. Or, outre le fait que cette automaticité et cette irrévocabilité peuvent être critiquées, le raisonnement doit être élargi à toutes les promesses de contracter et point seulement aux promesses de contrats translatifs de propriété. L'argument du transfert de propriété qui serait déjà réalisé par l'acceptation du bénéficiaire n'a alors plus d'intérêt.

Tel que nous l'envisageons, le contrat de promesse contient donc la promesse de contracter, encadrant la volonté de vendre. Il n'est pas illogique alors, que de même que le bénéficiaire peut ne pas opter parce qu'il n'est finalement pas intéressé, le promettant puisse rétracter sa promesse parce qu'il a trouvé meilleur acheteur, mais en tirant les conséquences de la violation de sa promesse.

On pourra alors proposer la description suivante de la promesse de contracter : *la promesse de contracter est un contrat préparatoire qui s'efforce de parvenir à la conclusion d'un contrat promis et pour ce faire, contient une obligation à la charge du promettant de contracter, c'est-à-dire de maintenir son offre pendant un certain temps, et au bénéficiaire de lever l'option. L'effet obligatoire de la promesse de contracter est donc simplement inscrit dans la perspective*  
*du* *contrat* *promis.*


27. La seconde critique présentée contre la conception classique repose elle-même sur une critique : les solutions rendues par la Cour de cassation auraient le défaut, dirimant, de rapprocher dangereusement le régime des promesses unilatérales de vente de celui de l'offre voire de subir un régime inférieur à celui de l'offre puisque l'offrant peut rétracter son offre mais pas avant l'écoulement d'une certaine durée 📅(65).

Quand bien même cela serait, ce qui n'est pas le cas, la belle affaire ! Ce n'est pas parce que la doctrine a toujours considéré, de façon différente des solutions jurisprudentielles, la promesse de vente d'une certaine manière et espéré une efficacité finalement mythique que la jurisprudence devrait s'exécuter. La promesse unilatérale de vente n'est pas un outil magique pour le bénéficiaire qui lui permettrait d'évacuer tous les aléas économiques de la négociation d'un contrat. La promesse unilatérale de vente ne contient pas davantage une obligation de garantie pour le bénéficiaire. Comme tous les contrats préparatoires elle permet de maximiser la sécurité juridique des deux candidats contractants, mais elle ne saurait faire l'économie de la liberté contractuelle. Les contrats préparatoires ne sont pas des techniques permettant d'éliminer ce principe : tout au contraire, ils l'utilisent mais sans pouvoir évidemment le contourner.

Il est donc naturel que la promesse soit rapprochée de l'offre, en ce sens que les deux institutions s'inscrivent dans le temps de l'avant-contrat. L'utilité des promesses unilatérales de contrat ne disparaît pas même si un aménagement de leur contenu s'impose pour pallier ces solutions. Ainsi, si l'on considère que la grande majorité des promesses unilatérales de vente ne fait pas l'objet d'une rétractation, on insistera sur la large supériorité de la promesse sur l'offre.

Le contrat de promesse permet en effet d'aménager les conditions de cette préparation : clause de loi applicable, conditions suspensives... Par ailleurs, le régime défavorable au bénéficiaire peut être amélioré par le contrat 📅(66). Il peut s'agir d'une simple clause pénale. Il s'agirait alors d'aménager et de forfaitiser la dette de responsabilité contractuelle du promettant. La formule présente cependant l'inconvénient de pouvoir subir l'affront de la révision sur le fondement de l'article 1152, alinéa 2 du

code civil. Perspective non négligeable : il convient en effet de mesurer le préjudice du bénéficiaire. Or celui-ci est souvent faible, voire inexistant. Le bénéficiaire a perdu une chance de conclure un contrat. On conçoit par exemple que ce préjudice puisse présenter quelque consistance lorsque l'objet de la promesse était la cession de titres, on l'imagine plus difficilement lorsqu'il s'agissait d'acquérir un immeuble banal.

Il peut s'agir plus subtilement d'une clause de dédit à titre onéreux. Puisque le promettant peut se rétracter, autant aménager les conditions et les effets de celle-ci. Par exemple une clause contenant un dédit d'un même montant que l'indemnité d'immobilisation versée par le bénéficiaire pourrait remplir ce rôle. La solution est d'autant plus heureuse que le promettant, qui tenterait d'obtenir réduction de ce montant en cherchant à requalifier ce dédit en clause pénale se heurterait à la jurisprudence tenant en échec ce type de tentative  (67).




Il faudrait également mesurer la portée d'une clause qui alourdirait l'obligation du promettant et qui figerait le consentement du vendeur, du type de la suivante : « le promettant s'engage d'ores et déjà à vendre de sorte qu'il s'interdit de procéder à toute rétractation de sa promesse » : s'agirait-il d'une formule validant la proposition doctrinale de la promesse de contracter et contredisant l'arrêt du 15 décembre 1993 ? Il faudrait sans doute alors procéder à une analyse fine de la clause pour savoir si la volonté des parties a été de se prononcer sur le consentement du contrat promis ou si elle demeure une promesse ordinaire.

Enfin, la rétractation de la sa promesse par le promettant est efficace, mais n'est pas sans conséquence : elle est en principe fautive, de sorte qu'elle impose un coût pour le promettant, selon les règles générales du droit des contrats.


### **Arguments généraux de droit des contrats**

28. Une deuxième série d'arguments, qui sont peut-être d'ailleurs les premiers, repose sur la

considération que le contrat de promesse unilatérale de vente, aussi original, au sens de spécial, soit-il, reste un banal contrat.

Or, quelle que soit la considération des contrats, l'irrévocabilité des contrats prônée par l'article 1134, alinéa 2 du code civil n'est évidemment pas absolue et ce, qu'on l'envisage du côté de l'article 1134 du code civil, c'est-à-dire de l'existence de l'engagement, ou de celui de l'article 1142, c'est-à-dire, de son exécution, pour reprendre la présentation choisie par certains auteurs  (68). Bien au contraire, l'irrévocabilité des contrats est un principe qui justifie simplement l'allocation d'une indemnité au contractant victime d'une inexécution - on confond alors irrévocabilité et force obligatoire - ou d'une rupture inopinée. Ce serait d'ailleurs bien le seul contrat à souffrir d'une telle irrévocabilité. On cherche alors à disjoindre irrévocabilité du contrat : le contractant ne peut revenir sur son engagement, et résiliation du contrat : le contractant peut, unilatéralement, mettre fin à un contrat. Certes, la promesse unilatérale de vente est un contrat à durée déterminée, le plus souvent. La résiliation d'un tel contrat à durée déterminée est, affirme l'article 1134, alinéa 2, impossible. Seul le consentement des parties peut défaire ce que le consentement a réalisé. La formule est toute de principe : la résiliation d'un contrat à durée déterminée est évidemment possible et efficace. Soit que la loi l'ait admis comme en matière de vente (art. 1654 et s. c. civ.), de prêt à usage (art. 1889 c. civ.), de bail d'habitation (L. 6 juill. 1989, art. 12), de dépôt (art. 1944 c. civ.), de mandat (art. 2007 c. civ.), voire d'une façon plus générale (cf. art. L. 442-6, I, 5° c. com.). Soit que l'on tire les leçons de la reconnaissance par la jurisprudence du *droit de brusque rupture* qu'elle a récemment reconnu à l'image de solutions connues en droit des contrats internationaux  (69). Soit encore que, au-delà de ces mécanismes validant la résiliation ou la résolution unilatérale d'un contrat à durée déterminée, l'une des parties décide malgré tout d'y mettre fin. Une chose est alors d'admettre l'efficacité de la résiliation d'un contrat à durée déterminée, autre chose est d'admettre l'innocuité de cette résiliation : la résiliation d'un contrat à durée déterminée est efficace mais fautive et donc coûteuse en principe pour son auteur. Certains auteurs considèrent cependant qu'il serait souhaitable que le juge accorde non seulement des dommages et intérêts mais encore parvienne à maintenir le contrat abusivement rompu  (70). Cela nous paraît absolument impossible.



Qu'on ne s'y trompe pas : il ne s'agit pas de fouler du pied le principe de la force obligatoire du contrat et de ce faire le chantre du mépris contractuel, tout au contraire. La sanction de tels comportements doit, en toute circonstance, être vigoureuse, tant pour punir que pour prévenir de tels agissements. De même que l'irruption de la bonne foi ou de la proportionnalité dans les contrats permet de corriger le contrat, de l'adapter de façon à respecter l'utilité économique d'un contrat, sans pour autant nier le principe de la force obligatoire du contrat. Mais comme il ne paraît pas possible de forcer le consentement d'un contractant au début de l'engagement, il n'est guère envisageable d'y parvenir au cours du contrat ou à sa fin. Le traitement juridique doit donc être autre : la force obligatoire du contrat est sanctionnée par l'exécution forcée mais celle-ci doit être déconnectée de la qualité de cette exécution, des moyens utilisés. L'exécution forcée ne se résume donc pas à son exécution en nature (71). Et ce n'est pas renier la force obligatoire que de procéder ainsi. Simplement, la force obligatoire du contrat étant affirmée, elle permet de repérer le degré d'inexécution du contrat ou des obligations qu'il contient. Ne pas admettre l'existence d'un engagement, l'intensité de tels effets ou obligations serait assurément méconnaître la force obligatoire du contrat. Ce dont il n'est jamais question ici. Autre chose est la sanction de cette inexécution, qui relève davantage de l'ordre processuel que de l'ordre contractuel d'ailleurs, sauf à introduire des clauses particulières. On constate alors que l'exécution en nature du contrat de promesse aboutirait à imposer la conclusion du contrat promis. Elle aboutit en même temps, et en outre, à l'exécution forcée du contrat promis. C'est l'opportunité de la réponse à ce problème qui est en cause. Nous pensons que l'allocation de dommages et intérêts satisfait en général le créancier, et le créancier de promesse en particulier. Dès lors, les choses se présentent différemment. Ou bien le contrat lui-même connaît des techniques de gestion de l'inexécution, ou de la rétractation : clause pénale, clause dédit ou toute autre formule, ou bien, les règles de la responsabilité contractuelle doivent prendre le relais. Observons que la grande majorité des contentieux en matière de résiliation des contrats d'affaires se présente ainsi : la jurisprudence comme la doctrine dissertent à loisir sur les causes et les effets d'une telle rupture mais sans remettre en cause le fait de la rupture, même d'un contrat à durée déterminée.

Par conséquent comme l'employeur peut mettre fin à tout moment à un contrat de travail à durée déterminée, mais en payant les indemnités y affiant, le promettant peut résilier le contrat de promesse : la rétractation de la promesse par le promettant n'est rien d'autre qu'une résiliation des plus ordinaires. D'où le changement de formulation proposée : parlons de résiliation d'une promesse de contracter plus que de la rétractation de celle-ci par le promettant. D'autant que depuis l'entrée en vigueur de l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation, l'acquéreur non professionnel dispose d'une faculté de « rétractation » qui n'a pas grand chose à voir avec le problème ici étudié.

### **Arguments d'économie contractuelle**

**29.** Le dernier argument en faveur des solutions de la Cour de cassation repose sur une analyse économique du contrat de promesse dont nous voudrions très simplement esquisser quelques traits.

Le droit des contrats est assis sur un double fondement, libéral et utilitariste, d'une part, et moral, *via* le recours à la bonne foi de l'autre. Or, les analyses traditionnelles s'appuient essentiellement sur ce second fondement. L'analyse économique du droit - qui ne doit évidemment pas se substituer aux autres analyses mais s'y ajouter - montre que le droit des contrats se prête parfaitement à la théorie des jeux ou de l'agence par exemple. Il s'ensuit que l'exécution ou l'inexécution d'un contrat dépend de bien des facteurs économiques : les coûts de transaction, la symétrie ou l'asymétrie de l'information mais aussi l'intérêt de poursuivre ou non l'exécution d'un contrat alors que les circonstances ont évolué depuis sa conclusion. La question de la rétractation de la promesse s'inscrit dans la « théorie de l'inexécution efficace » d'un contrat (*Efficient breach of contract*) 📖(72). A partir du moment où les intérêts économiques d'une partie l'invitent à choisir une autre solution que celle prônée par le sens littéral du contrat, nul ne saurait le maintenir dans les liens contractuels. Force majeure, droit de brusque rupture, adaptation du contrat, imprévision, etc., nombreux sont les traitements de cette situation, ignorés pourtant dans le cas des promesses de contracter. Et pourtant, si le promettant rétracte sa promesse, c'est sans doute qu'il a trouvé mieux ailleurs, soit pour garder la chose, parce que la rareté de celle-ci ou les circonstances du marché l'incitent à la conserver, soit pour la vendre plus cher à un tiers, dont

on doit d'ailleurs présumer la bonne foi. Economiquement, il est évidemment profitable de favoriser cette solution : le promettant est satisfait, le tiers est satisfait, et le bénéficiaire ne pourra guère ne pas l'être puisqu'il ne perd pas d'argent et peut même obtenir des dommages et intérêts. Ce qui suppose alors que le promettant se rétracte pour autant que le tiers lui propose un gain au moins supérieur au montant des dommages et intérêts qu'il pourrait devoir au bénéficiaire. Il est assez raisonnable de penser que cette sanction satisfait le créancier de promesse, à moins de proposer une démonstration destinée à convaincre le juge que l'exécution en nature est préférable au cas particulier : l'objet de la promesse était tel immeuble qui peut être considéré comme unique pour telle raison de sorte que sa non-acquisition occasionne un préjudice, matériel ou moral, ou les titres de telles sociétés pour lesquelles l'exécution par équivalent ne serait pas efficace. Le mythe de l'exécution forcée et de l'exécution en nature des contrats en prend un coup, au bénéfice de la réparation par équivalent, mais sans bien évidemment qu'un extrême chasse l'autre. Il apparaît alors que le mécanisme permettant d'éviter la rétractation réside dans le montant de l'allocation de dommages et intérêts.

\*\*\*




**30.** La doctrine majoritaire se défie des solutions jurisprudentielles en matière de promesse de contracter. Sans doute cela provient-il d'une confiance exacerbée dans l'efficacité de cet outil contractuel de préparation du contrat promis. Il n'est pas douteux que l'affirmation selon laquelle la rétractation de la promesse de contracter par le promettant est immorale est exacte si l'on tient la promesse de contracter comme figeant le consentement du promettant. On peut alors envisager les choses de toute autre manière. La promesse de contracter est en premier un contrat de l'avant-contrat, un contrat qui s'inscrit dans un processus de négociation d'un autre contrat. La promesse de contracter est en second un contrat ayant pour objet une obligation de contracter - ou de maintenir une offre, peu importe. L'effet obligatoire de cette promesse ne peut donc pas se confondre avec celui du contrat promis. Sinon, il eut fallu conclure le contrat définitif, assorti de conditions par exemple. Le contrat de promesse est enfin le plus souvent un contrat à durée déterminée que le promettant ne peut résilier unilatéralement, sauf faute ou péril imminent, sans en subir les conséquences indemnitaires. La rétractation de la promesse n'est donc rien d'autre que la résiliation unilatérale de ce contrat


préparatoire, dont l'exécution forcée est impossible : elle aboutirait à forcer le consentement de l'un des contractants, à aboutir à la conclusion du contrat promis, malgré le défaut affirmé d'y procéder par l'un des contractants. L'accent doit donc être mis sur les moyens juridiques permettant de renforcer l'efficacité contractuelle du mécanisme choisi, ou bien par l'insertion de clauses adéquates ou bien par le traitement judiciaire rigoureux de cette résiliation intempestive.

(1) Cette étude est la poursuite d'une conférence prononcée à l'invitation de l'Ecole doctorale Droit et Société de la faculté de droit de Montpellier, dirigée par le Professeur J.-P. Tosi.

(2) Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, JCP 1995.II.22366.

(3) R.-N. Schütz, Comment sauver les promesses unilatérales de vente ?, Petites affiches, 23 avr. 1997.18.

(4) Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, D. 1994.507, note F. Benac-Schmidt, Somm.230, obs. O. Tournafond ; 1995.Somm.88, obs. L. Aynès  ; JCP 1995.ed.NJ.31, note D. Mazeaud ; Defrénois, 1994, art. 35845, note Ph. Delebecque ; RTD civ. 1994.588, obs. J. Mestre . *Addé*, A. Terrasson de Fougères, Sanction de la rétractation de promettant avant la levée de l'option, JCP 1995.ed.N.1.194 ; F. Collard-Dutilleul, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, les risques de désordre, Dr. et patrimoine, déc. 1995.58 ; D. Stapylton-Smith, La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir ? AJPI 1996.568  ; R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, Defrénois, 1999, art. 37021, p. 833.

(5) Déjà évoqué *in* Contrats spéciaux, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd. 2002, n° 64 ; L'avant-contrat (avec J.-M. Mousseron et M. Guibal), Ed. F. Lefebvre, 2001, n° 556 et s. V. aussi D. Stapylton-Smith, La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir ? article préc. ; M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, RTD civ. 1996.85, spéc. n° 17  ; F. Bellivier et Ruth Sefton-Green, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2000, p. 91.

(6) F. Bénac-Schmidt, Le contrat de promesse unilatérale de vente, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 77, 1983 ; V. aussi M. Bruschi, Les promesses unilatérales de contrat, Lamy, Droit des contrats, sous la dir. de B. Fages, n° 125 et s. ; I. Najjar, Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, 1967 ; J. Schmidt-Szalewski, Vente, Promesse unilatérale de vente, J.-Cl. Civil, art. 1589, fasc. 80 ; R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, Defrénois, 1999.833.



(7) Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, Cujas, 2000, p. 83 : « la promesse unilatérale de vente est l'archétype des promesses de vente, archétypes des promesses de contrat, elles mêmes archétypes des avant-contrats ».


(8) J. Schmidt, Promesse unilatérale de vente, J.-Cl. Civil, art. 1589, fasc. 20, p. 2.

(9) J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, L'avant-contrat, *op. cit* note (4). On peut alors distinguer les contrats emportant une obligation de négocier, les contrats emportant une obligation de préférer et les contrats emportant une obligation de contracter, catégorie dans laquelle s'installent les promesses de contracter.

(10) Cf. F. Collart-Dutilleul, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble : les risques de désordre, Dr. et patrimoine, déc. 1995.58, spéc. p. 60.

(11) Alors même que cette même pratique notariale semble désormais les craindre en raison des dispositions de la loi SRU de décembre 2000 et notamment du nouvel article 1589-1 du code civil. La menace de nullité de tout « engagement unilatéral souscrit en vue de l'acquisition d'un bien ou d'un droit immobilier » qui emporterait remise d'une somme d'argent (l'indemnité d'immobilisation par exemple) paraît faire reculer la pratique des promesses unilatérales, alors même que le texte est bien ambiguë et qu'il vise certainement les engagements d'acquiescer, point les promesses de vente qui sont par ailleurs des contrats synallagmatiques de promesse unilatérale ou synallagmatique de vente (comp. J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, L'avant-contrat, *op. cit.* note (4) n° 554-1).


- (12) F. Terré, Ph. Simler, et Y. Lequette, Les obligations, 8<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2002, n° 191.
- (13) M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, article préc.
- (14) V. par ex. Introduction générale au droit, Litec, coll. Objectif droit, 3<sup>e</sup> éd. 2003.
- (15) G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, Quadrige, p. 776.
- (16) Cf. F. Bénac-Schmidt, *op. cit.* n° 21.
- (17) D'ailleurs, le même jour était rendu un autre arrêt dans les mêmes termes : Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, *Bourachot c/ Naudet*, n° 1955, pourvoi n° 91-14.999.
- (18) Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, préc.
- (19) Civ. 3<sup>e</sup>, 26 juin 1996, Defrénois, 1996, art. 36434, note D. Mazeaud, RJDA 1996.636 ; rapp. D. Pronier, Petites affiches, 30 mai 1997.27, note B. Bévière : « la cour d'appel (a) exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir ».
- (20) Rapp. Pronier, RJDA 1996.636. Comp. I. Najjar, La rétractation d'une promesse de vente, D. 1997.Chron.119 .
- (21) Cf. par ex. I. Najjar, La « rétractation » d'une promesse unilatérale de vente, D. 1997.Chron.119 , qui y voyait un revirement de la jurisprudence de 1993.
- (22) V. Cependant, Paris, 30 juin 1995, inédit, cité par M. Bruschi, Les promesses de contracter, *in* Droit du contrat, Ed. Lamy, n° 125-55 ; Com. 7 déc. 1993, Bull. Joly, 1994.180, obs. Lambert, Rev.

sociétés, 1994.72, obs. Y. Chartier , admettant l'exécution forcée d'une obligation de souscrire dans un délai déterminé à une augmentation de capital.

(23) Cf. Civ. 3<sup>e</sup>, 22 févr. 1977, Bull. civ. III, n° 91, D. 1978. 165, note Ph. Malaurie, JCP 1979.II.19223, note M. Dagot, Defrénois, 1977, art. 31522, n° 91, note J.-L. Aubert, à propos de l'inopposabilité d'une promesse à un créancier hypothécaire ayant inscrit son titre ; Civ. 3<sup>e</sup>, 20 févr. 1979, JCP 1980.II.19376, note M. Dagot.


(24) Cf. Civ. 3<sup>e</sup>, 8 juill. 1975, Bull. civ. III, n° 249.

(25) Civ. 10 avr. 1948, JCP 1948.II.4403, note E. Becqué.

(26) Cf. Civ. 3<sup>e</sup>, 10 nov. 1982, Bull. civ. III, n° 221 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 24 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 53, RD imm. 1995.342, note V. Groslières et C. Saint-Alary-Houin . V. aussi Ch. Atias, La promesse unilatérale de vente et la vente ultérieure à un tiers de mauvaise foi, JCP 1978.ed.NI.291.


(27) V. par ex. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, Defrénois, 2003, n° 113, citant Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 1954, JCP 1954.II.8225.

(28) Com 26 avr. 1994, Bull. civ. IV, n° 157 ; Petites affiches, 12 févr. 1996, n° 19, p. 9, note J. Casey et J. Lejeune.

(29) Civ. 3<sup>e</sup>, 30 avr. 1997, D. 1997.475, note D. Mazeaud et chron. C. Atias . V. aussi D. Mazeaud, La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence, Gaz. Pal. 3 févr. 1994.D.210.

(30) Cf. Civ. 3<sup>e</sup>, 24 mars 1999, RJDA 1999, n° 536 : la bonne foi du tiers fait obstacle à l'élargissement de l'action en dommages et intérêts - légitime contre le promettant - à ce tiers.

(31) Civ. 3<sup>e</sup>, 26 oct. 1982, Bull. civ. III, n° 208 ; D. 1983.IR. 32 ; Gaz. Pal. 1983.2.661, note ES. de la Marnierre.

(32) Cf. civ. 3<sup>e</sup>, 10 févr. 1999, RJDA 1999, n° 392 et V. Ch. Atias, La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise de foi, D. 1998.Chron.203 .

(33) Com. 7 mars 1989, Bull. civ. IV, n° 79 ; D. 1989.231, concl. M. Jéol, note Y. Reinhard.

(34) Cf. Civ. 30 avr. 1997, préc.

(35) Civ. 3<sup>e</sup>, 10 févr. 1999, préc. : l'arrêt censure l'arrêt d'appel qui avait annulé la vente « sans rechercher si l'acheteur avait eu connaissance de l'intention du titulaire de faire usage de son droit ». Sans vouloir réaliser de prédictions mal venues, il semble cependant que si la Cour de cassation accepte de fixer des critères permettant de déterminer dans quelles conditions l'annulation du contrat conclu avec le tiers est possible, elle assure un contrôle très strict de l'application de ces conditions, de sorte qu'aucune décision, à notre connaissance ne l'a encore définitivement retenu.

(36) Cf. Civ. 3<sup>e</sup>, 20 déc. 1994, JCP 1995.éd.GII.22491, note Ch. Larroumet, 1996.éd.NJ.501, note D. Mainguy ; Ass. plén. 3 juin 1994, Bull. Ass. plén. n° 4 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 5 janv. 1983, D. 1983.617, note P. Jourdain, JCP 1984.II. 20312, note H. Thuillier. Mais V. Civ. 3<sup>e</sup>, 22 mars 1968, D. 1968.412, note H. Mazeaud, JCP 1968.II.15587, note A. Plancqueel, RTD civ. 1968.564, obs. J.-D. Bredin ; Civ. 3<sup>e</sup>, 2 avr. 1979, JCP 1981.II.19697, note M. Dagot. Dans ces deux derniers arrêts, la Cour de cassation avait au contraire retenu une obligation de faire, entravant l'efficacité des promesses synallagmatiques. Aujourd'hui et singulièrement depuis l'arrêt du 20 décembre 1994, la Cour de cassation distingue selon que le mécanisme contractuel, souvent une *clause de réitération de la vente en sa forme authentique*, s'exprime comme une condition de la formation du contrat, auquel cas la vente n'est pas formée et est donc insusceptible d'exécution forcée, ou comme une modalité d'exécution de la vente, celle-ci étant alors formée et donc susceptible d'exécution forcée.

(37) L. Boyer, Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant-contrats, RTD civ. 1949.1 : D. Mazeaud rappelait l'un des passages essentiels : « on ne saurait dire ... que le



titulaire de l'option a le droit d'exiger de l'autre partie la réalisation du contrat : c'est de sa volonté, et d'elle seule, que dépend la formation de ce dernier ».

(38) F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, 8<sup>e</sup> éd. 2002, n° 191.

(39) P.-H. Antonmattéi et J. Raynard, Contrats spéciaux, Litec, 3<sup>e</sup> éd. 2002, n° 58. V. aussi Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, Defrénois, 2003, n° 111 ; A. Bénabent, Les contrats spéciaux, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd. 2001, n° 85 : sous l'intitulé « décalage des consentements » : il affirme que « Ce qui caractérise essentiellement les promesses unilatérales est un décalage dans le temps des consentements à la vente dans les conditions fixées et il ne peut ensuite révoquer ce consentement, pendant toute la durée de vie de la promesse... », D. Mazeaud, note sous Civ. 3<sup>e</sup> 15 déc. 1993, préc. spéc. n° 8 : « Dès la conclusion du contrat de promesse, le promettant a d'ores et déjà donné son consentement à la vente, consentement définitif et irrévocable. La formation de la vente promise ne dépend plus alors que d'une condition : la levée de l'option. Condition nécessaire et suffisante ; la conclusion de la vente est, en raison de la promesse, indépendante de toute manifestation de volonté future du promettant. Elle est exclusivement subordonnée à l'expression du consentement du bénéficiaire », C. Paulin, Promesse et préférence, *in* La négociation du contrat, RTD com. 1998.511 et spéc. p. 515 et s. Mais V. beaucoup plus nuancés : B. Gross et Ph. Birh, Contrats, ventes civiles et commerciales, bail d'habitation, bail commercial, 2<sup>e</sup> éd. PUF, 2002, n° 75.

(40) J. Schmidt, Négociation et conclusion des contrats, Dalloz, 1982, n° 504.

(41) J. Schmidt, Négociation et conclusion des contrats, *op. cit.* n° 519.

(42) R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, article préc. n° 9.

(43) Cf. F. Collard-Dutilleul, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, les risques de désordres, article préc. Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles, *op. cit.* n° 231 et s. ; Ph. Brun, Le droit de revenir sur son engagement, *in* Que reste-t-il de l'intangibilité des conventions ?, Dr. et patrimoine,

n° 60, mai 1998.78 ; B. de Bertier-Lestrade, Le conflit d'actes juridiques en droit privé, PUAM 2003, spéc. n° 845 et s.

(44) *Contra* : Ph. Brun, Le droit de revenir sur son engagement, article préc.

(45) « On ne saurait dire ... que le titulaire de l'option a le droit d'exiger de l'autre partie la réalisation du contrat : c'est de sa volonté, et d'elle seule, que dépend la formation de ce dernier ».

(46) Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, Sirey, 1988 et spéc. n° 231 : « le maintien de la promesse concerne l'exécution du contrat : c'est le propre de tout contrat que d'être exécuté et ce serait pur artifice que de prendre pour objet d'une obligation de faire cette exécution que l'article 1134 suffit à justifier ».

(47) V. not. R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, article préc. spéc. n° 10.

(48) W. Jeandidier, RTD civ. 1976.700.

(49) Cf. I. Cornesse, L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles, RRJ 2003-4, spéc. n° 63.


(50) V. not. A. Bénabent, Les contrats spéciaux, Montchrestien, n° 93 ; F. Collart-Dutilleul, *op. cit.* n° 227 ; A. Terasson de Fougères, Sanction de la rétractation du promettant avant levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse de vente, JCP 1995.éd.NI, p. 194. La Cour de cassation a cependant clairement rejeté cette solution, s'agissant des pactes de préférence, dans un arrêt du 10 juillet 2002, Civ. 3°, 10 juill. 2002, JCP 2002.éd.Gpan.1396 : « L'article 1143 du code civil n'est pas applicable à la violation d'un pacte de préférence qui met une obligation de faire à la charge du débiteur ».

(51) A. Bénabent, *op. cit.* loc. cit.

- (52) F. Bénac-Schmidt, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, préc.
- (53) M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, article préc. V. *Contra* : P. Bloch, L'obligation de transférer la propriété dans la vente, RTD civ. 1988.673, qui y voit une obligation de donner.
- (54) Cf. par ex. Civ. 3<sup>e</sup>, 12 févr. 2003, inédit où l'action échouait d'ailleurs car les demandeurs formulaient une action en paiement du prix et point en constatation de la vente.
- (55) R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, article préc. n° 10-11.
- (56) P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, article préc. n° 21.
- (57) Cf. D. Mazeaud, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, préc. ; O. Tournafond, obs. sur Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, préc.
- (58) V. *supra*, n° 17.
- (59) R.-N. Schütz, Comment sauver les promesses unilatérales de vente ?, article préc. V. not. Amiens, 24 août 1839, S. 1843.2.403.
- (60) Pothier, Traité du contrat de vente, 1768, t. 2, p. 5, n° 479.
- (61) Cf. Paris, 5 déc. 1991, Bull. Joly, 1992.305, obs. F. Bénac-Schmidt, à propos d'une promesse unilatérale de cession d'actions. Sur l'apport en société d'une chose objet d'une promesse de vente : Paris, 15 déc. 1995, Bull. Joly, 1996.305, n° 103, note P. Le Cannu. Plus généralement sur les promesses de société : Req. 19 févr. 1907, D. 1910.1.517 ; Paris, 27 juin 1949, D. 1949.537 ; Civ. 5 mars 1951, JCP 1951.II.6496, note Laurent ; Com. 28 avr. 1987, Rev. sociétés, 1988.59.




(62) Cf. not. P.-H. Antonmattéi et J. Raynard, *op. cit. supra* n° 17.

(63) Par ex. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, *op. cit.* n° 91.



(64) Et V. M.-A. Frison-Roche, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, RTD civ. 1995.573 .

(65) Par ex. B. Bévère, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 26 juin 1996, Petites affiches, 30 mai 1997.26.

(66) R.-N. Schütz, Comment sauver la promesse de vente, article préc. ; D. Mazeaud, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 15 déc. 1993, préc.

(67) Cf. Civ. 3<sup>e</sup>, 9 janv. 1991, D. 1991.481, note G. Paisant  ; Civ. 1<sup>re</sup>, 17 nov. 1993, Bull. civ. I, n° 337, D. 1994.Somm. 233, obs. G. Paisant  ; Com. 2 avr. 1996, D. 1996.Somm. 329, obs. D. Mazeaud  ; Com. 14 oct. 1997, Petites affiches, 8 mai 1998.15, note D.-R. Martin.

(68) Cf. *supra*, n° 18.

(69) Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 300, D. 1999.198, note C. Jamin, Somm.115, obs. Ph. Delebecque , JCP 1999.II.10133, note Rzepzcki, Defrénois, 1999.374, obs. D. Mazeaud ; Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2001, Bull. civ. I, n° 40, D. 2001.1568, note C. Jamin, Somm.3239, obs. D. Mazeaud , Defrénois, 2001.705, obs. E. Savaux.

(70) D. Mazeaud, obs. préc. D. 2001.Somm.3240  ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, *op. cit.* n° 661.

(71) F. Bellivier et Ruth Sefton-Green, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, Mélanges J. Ghestin, LGDJ,

2000, p. 91, spéc. p. 107 et s.

(72) Cf. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Co, 1986, p. 12 ; B. Rudden et P. Juilhard, *La théorie de la violation efficace*, RID comp. 1986.1015. V. pour une remarquable étude plus générale : F. Bellivier et R. Sefton-Green, *Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme*, article préc. spéc. p. 108 et s.