

Le pacte de préférence rapproché des droits de préemption

Frédéric Rouvière

▶ **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Le pacte de préférence rapproché des droits de préemption. Répertoire du notariat Defrénois, 2012, p.639-633. halshs-01143138

HAL Id: halshs-01143138
https://shs.hal.science/halshs-01143138

Submitted on 16 Apr 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le pacte de préférence rapproché des droits de préemption

Frédéric ROUVIÈRE
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Laboratoire de théorie du droit

Paru dans le *Defrénois* 2012, n°12, art. 40531, p.629-633

1. Une forme conventionnelle de préemption – L'évolution du pacte de préférence en jurisprudence tend à aligner son régime sur celui des droits légaux de préemption[1]. Ce mouvement est remarquable car il consiste à déterminer un modèle à partir duquel les problèmes seront résolus parce qu'il va fournir une référence pour déployer des raisonnements analogiques[2]. Cette tendance facilite indéniablement l'analyse du pacte de préférence tout comme elle facilite le travail du notaire. Ce dernier, dont la responsabilité peut être engagée pour ne pas avoir tenu compte du respect des droits du bénéficiaire[3], pourra alors raisonner comme en matière de droit légaux de préemption. Par exemple, il pourra purger la préférence comme il purge le droit de préemption des locataires.

Outre cet important aspect pratique, c'est la compréhension des solutions contentieuses qui est renouvelée. Comme pour les droits de préemption, le pacte de préférence se comprend comme une restriction à la liberté de choisir son contractant et non comme une restriction à la liberté de disposer. L'aspect le plus frappant de ce rapprochement est sans doute l'affirmation jurisprudentielle de la substitution du bénéficiaire du pacte au tiers acquéreur de mauvaise foi[4]. L'analyse du droit du bénéficiaire en tant que préemption conventionnelle pèse également sur la détermination des cas d'inexécution imputables au promettant, sur ses conditions de validité ou sur le délai d'exercice du droit du bénéficiaire. Ainsi, dans de très nombreux domaines, il est possible de mesurer l'immense influence de la figure des droits de préemption sur le pacte de préférence.

2. Validité du pacte : le prix – Le prix est un élément de validité du pacte de préférence si sa nature correspond à celle d'une promesse unilatérale de vente conditionnelle. En effet, toute promesse unilatérale contient une offre de vendre et donc un prix. Cette solution a été autrefois admise en jurisprudence[5].

Or le pacte de préférence ne limite pas la liberté de disposer du promettant car il peut ne jamais vendre. Aussi, comme dans les droits de préemption, c'est la liberté de choix de l'acheteur qui est

---

[1] Selon le vocabulaire juridique Cornu, le droit de préemption est la faculté d'acquérir par préférence à toute autre personne un bien que le propriétaire veut céder.

[2] J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 2001, p.244 : « le raisonnement par analogie, souvent appelé ''argument *a pari*'' consiste, dans le silence de la loi, à déduire d'une ressemblance entre deux choses, deux droits, deux situations, une similitude de régime juridique ».

[3] Cass. civ. 1ère 11 juill. 2006, Bull. I, n°389 (deuxième moyen) : « *tenu de conseiller les parties et d'assurer l'efficacité des actes dressés, le notaire ayant connaissance d'un pacte de préférence doit, préalablement à l'authentification d'un acte de vente, veiller au respect des droits du bénéficiaire du pacte et, le cas échéant, refuser d'authentifier la vente conclue en violation de ce pacte* ».

[4] V. *infra*, n°7 ; La différence de sanction entre préemption et préférence était auparavant un argument pour les distinguer : C. Saint-Alary-Houin, *Le droit de préemption*, thèse LGDJ, t.164, 1979, n°266, p.238 s., spéc. p.240 *in fine*.

[5] Cass. civ. 3e 16 mars 1994, Bull. III, n°58 : « le pacte de préférence, qui s'analyse en une promesse unilatérale conditionnelle, ne constitue pas une restriction au droit de disposer ».

entamée et non la liberté de disposer de son bien. Ainsi, le pacte de préférence ne contient aucune offre de vente, sans quoi il serait une promesse unilatérale. Malgré cela, les parties peuvent fixer le prix par avance[6] et l'indexer[7] sans pour autant limiter la faculté de disposer. Ainsi, le prix stipulé dans le pacte de préférence ne le requalifie pas en promesse de vente car le promettant n'a pas entamé sa liberté de disposer du bien.

3. Validité du pacte : la durée – La jurisprudence décide que la stipulation d'un délai n'est pas une condition de validité du pacte de préférence[8]. En effet, la liberté de disposer n'est pas atteinte sinon il s'agirait d'une clause d'inaliénabilité et sa perpétuité pourrait effectivement la condamner[9]. Personne ne soutient que les droits légaux de préemption doivent être limités dans le temps car ils n'ont vocation à jouer qu'au moment où le propriétaire du bien objet du droit prend la décision de vendre. Manifestement, c'est de cette même inspiration que procède l'analyse du pacte de préférence puisqu'il n'encourt pas le grief de perpétuité.

4. La durée d'exercice du droit du bénéficiaire – Cette durée ne doit pas être confondue avec la précédente. Il ne s'agit pas de savoir si la durée limitée est une condition de validité du contrat mais de savoir pendant combien de temps le bénéficiaire peut faire connaître au promettant qu'il entend faire jouer la préférence. Dans cette hypothèse, on suppose que le promettant a déjà pris la décision de vendre : dans quel délai le bénéficiaire doit se manifester pour faire valoir son droit de préférence ? Très souvent, le pacte est muet sur ce point. L'application du droit commun conduit alors à appliquer le délai de prescription quinquennal[10].

La difficulté spécifique est le point de départ du délai qui doit être le « *jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* »[11]. Autrement dit, c'est le jour de la connaissance réelle de la vente à un tiers par le bénéficiaire qui importe. En effet, c'est sur le promettant que pèse l'exigence d'information[12], on ne saurait dès lors reprocher au bénéficiaire de connaître ce fait. Mais les nouvelles dispositions du droit de la prescription prévoient en outre un délai butoir de vingt ans qui commence invariablement « *au jour de la naissance du droit*»[13]. Ce jour peut-être soit celui de conclusion du pacte soit celui de la vente. Le rapprochement avec les droits de préemption plaide clairement en faveur de la deuxième possibilité : le bénéficiaire a objectivement vingt ans pour exercer son droit s'il n'a pas été préalablement informé et, dans ce délai, il a cinq ans à compter de son information pour exercer concrètement la préférence.

5. Refus des droits de préemption incompatibles – Le pacte comme source d'un droit conventionnel de préemption éclaire particulièrement les solutions jurisprudentielles qui interdisent au promettant de créer sur le bien un droit de préemption concurrent[14]. Cette restriction dans la gestion du bien, qui

---

[6] Cass. req. 16 nov. 1943, S. 1944, 1, p.15 ; Cass. com. 18 oct. 1967, Bull. III, n°335.

[7] Cass. civ. 3e 23 sept. 2009, Bull. III, n°203.

[8] Cass. civ. 3e 6 juin 2001, Bull. III, n°166; Cass. civ. 3e 15 janv. 2003, Bull. III, n°9.

[9] Comp. CCiv. art. 900-1.

[10] C. civ. art. 2224.

[11] C. civ. art. 2224 *in fine*.

[12] Cass. civ. 1ère 18 avr. 2000, n°98-13620

[13] C. civ. art. 2232 al. 1.

[14] Cass. civ. 3e 10 mai 1984, Bull. III, n°96.

a pu paraître excessive à certains, se comprend si le pacte est analysé comme un droit de préemption. En effet, le promettant ne peut se mettre dans une situation d'inexécution volontaire[15].

Cette situation est néanmoins singulière car la conclusion d'un bail octroyant un droit de préemption au locataire n'est constitutive que d'un risque d'inexécution. Le locataire ne va pas forcément préempter le bien : c'est une possibilité, non une nécessité. L'incompatibilité créée est donc aléatoire : si le locataire préempte, le bénéficiaire se trouve privé du droit ; sinon, le droit du bénéficiaire est intact. Ainsi, la réparation du risque d'inexécution ne saurait être équivalente à celle du risque réalisé, autrement dit du dommage. Pour cette raison, il est douteux que le bénéficiaire puisse obtenir la nullité du bail conclu par le promettant sauf à considérer qu'il s'agit d'une mesure préventive destinée à paralyser la survenance du dommage. En revanche, si le locataire connaissait l'existence du pacte, il doit être considéré comme de mauvaise foi[16].

En dehors de ce point, il est frappant de constater que les juges traitent le pacte de préférence comme un droit légal de préemption. Comme la figure légale, le droit conventionnel créé par le pacte ne joue que pour la décision de vendre. Le droit du bénéficiaire ne peut jouer en cas d'apport en société[17], de donation[18], d'échange[19], de démembrement de propriété sauf s'il s'agit d'une fraude[20]. Il est strictement limité à la vente et non à n'importe quel transfert de propriété. De même, pour que le droit légal de préemption du locataire ne soit pas contourné, le propriétaire du bien loué doit ventiler le prix s'il décide de vendre l'immeuble en son entier et non le seul appartement loué[21]. C'est exactement la même solution qui est admise en matière de pacte de préférence[22].

6. La purge de la préférence – L'alignement du pacte de préférence sur le régime légal des droits de préemption est encore manifeste pour ce qui relève de sa purge. Si le promettant est libre de fixer le prix qu'il désire[23], il ne peut volontairement fixer un prix élevé pour ensuite proposer le bien à un tiers à un prix plus faible ou à des conditions plus avantageuses[24]. Ces solutions font exactement application du dispositif légal en matière de bail à usage d'habitation[25] : l'analogie est ici parfaite. Aussi, les juges décident que la modification substantielle de l'offre oblige le promettant à la proposer une nouvelle fois au bénéficiaire[26].

---

[15] Cass. civ. 3e 1er avril 1992, Bull. III, n°116 : en consentant un bail rural, « *le propriétaire s'est mis volontairement dans l'impossibilité d'exécuter le pacte de préférence* »

[16] V. *infra* n°7.

[17] Cass. civ. 5 mars 1951, JCP G 1951, II, 6496, note J.-C. Laurent.

[18] Cass. req. 12 nov. 1928, Gaz. trib. 1929, 1, p.53.

[19] Cass. soc. 13 mai 1949, D.1949, p.477, note R. Savatier.

[20] Cass. civ. 3e 5 mars 1970, Bull. III, n°178.

[21] Cass. civ. 3e 13 juill. 1999, Bull. III, n°168.

[22] Cass. civ. 3e 19 juin 1970, Bull. III, n°436.

[23] Cass. civ. 3e 6 juin 2001, Bull. III, n°166.

[24] Cass. req. 12 janv. 1926, DH 1926, p.116 : « *les délais accordés pour le payement du prix étaient de nature à affecter ce prix lui-même et à exercer une véritable répercussion sur son importance* ». Dans le même sens : Cass. Civ. 3e 10 juill. 2002, n°00-21165.

[25] Par ex. L. n°89-462 du 6 juill. 1989, art. 15-II al. 4 modifié par L. n°94-624 du 21 juill. 1994.

[26] Cass. civ. 3e 10 juill. 1969, Bull. III, n°575.

Le régime de la notification est lui aussi calqué sur celui des droits de préemption. Selon la Cour de cassation, la notification est une formalité « *préalable qui permet l'exercice du droit de préférence* »[27]. Cette notification sera réglée par le contenu du contrat et le bénéficiaire ne peut exiger qu'on lui fournisse des informations qui n'étaient pas prévues[28].

En réalité, on s'aperçoit que presque toutes les solutions existantes en matière de préemption font l'objet d'une transposition. Ainsi, le promettant qui notifie sa décision de vendre au bénéficiaire mais cède à un tiers avant d'avoir obtenu la réponse du bénéficiaire, s'expose à ce que ce dernier demande que la vente soit formée avec lui en priorité puisque son droit n'a pas été purgé[29].

Ces différents éléments conduisent à conseiller au notaire de procéder avec un pacte de préférence comme il le ferait en matière de droit de préemption. Dans le doute, il peut même s'inspirer des solutions jurisprudentielles déjà arrêtées pour les droits légaux. Par exemple, si le bénéficiaire soutient que le prix est excessif (et donc dissuasif) la charge de la preuve pèsera sur lui comme cela est déjà le cas pour le locataire[30].

7. Sanction de l'inexécution – C'est à propos de la sanction de l'inexécution du pacte que le rapprochement avec les droits de préemption réalise le plus grand apport. Depuis longtemps, le promettant qui contourne la préférence avec la complicité frauduleuse d'un tiers était sanctionné en même temps que le tiers. Pour obtenir l'annulation de la vente à un tiers, il faut prouver d'une part que le tiers avait connaissance de l'existence du pacte de préférence et d'autre part qu'il savait que le bénéficiaire voulait s'en prévaloir[31]. Ces deux éléments caractérisent en effet une volonté délibérée d'empêcher le bénéficiaire de mettre en œuvre son droit de préférence, par exemple lorsque l'acquéreur se concerte avec le promettant pour contourner le droit de préférence[32] ou que le bénéficiaire propose un prix excessif au bénéficiaire pour qu'il refuse d'acquérir et propose ensuite le même bien à un tiers à moindre prix[33].

Toutefois, la Cour de cassation a rendu un arrêt laissant entendre que l'obligation du promettant étant de ne pas faire, la seule sanction concevable était des dommages et intérêts[34], à l'exclusion de toute autre mesure, même si le tiers était de mauvaise foi. Cet arrêt, vivement critiqué en doctrine[35], a conduit plusieurs années après à réunir une chambre mixte décidant que « *si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* »[36].

---

[27] Cass. civ. 1ère 18 avr. 2000, n°98-13620.

[28] Cass. civ. 3e 12 juill. 1995, n°93-11666.

[29] Cass. civ. 3e 31 janv. 2007, n°05-16175.

[30] Cass. civ. 3e 14 juin 2006, Bull. III, n°150.

[31] Cass. civ. 3ème 26 oct. 1982, Bull. III, n°208.

[32] Cass. civ. 3e 15 nov. 1972, Bull. III, n°616.

[33] Cass. civ. 3e 22 avr. 1976, Bull. III, n°165.

[34] Cass. civ. 3e 30 avr. 1997, Bull. III, n°96.

[35] V. notamment, Ch. Atias, « La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi », D. 1998, chron. p. 203 s.

[36] Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, Bull. civ., n°4

Ce mouvement jurisprudentiel illustre a lui seul l'hésitation sur la nature du droit du bénéficiaire. Est-il seulement créancier d'une information prioritaire de contracter, celle que lui transmet le promettant ? En ce cas, son préjudice est seulement constitué par la perte d'une chance d'acheter[37], faute de ne pas avoir pu engager des pourparlers. Au contraire, le bénéficiaire est-il titulaire d'un vrai droit conventionnel de préemption ? En ce cas, la sanction de la substitution est la conséquence de la nature reconnue car la nullité[38] et la substitution[39] sont des sanctions légales propres aux droits légaux de préemption[40]. Au fond, la solution de la chambre mixte pourrait être présentée comme une harmonisation. En effet, les solutions déjà arrêtées sur d'autres points pointaient déjà toutes vers une analyse de la préférence en tant que droit de préemption.

On objectera peut-être que l'exécution effective des droits légaux de préemption n'exige pas la preuve de la mauvaise foi du tiers. C'est oublier que leur nature légale les fait bénéficier de la présomption selon laquelle « *nul n'est censé ignorer la loi* ». L'unification totale du pacte de préférence avec les droits de préemption pourrait ainsi conduire à supprimer la condition de « *connaissance de l'intention de s'en prévaloir* » ou du moins aménager des présomptions selon les situations[41].

8. Prospective : les parties peuvent-elles résilier unilatéralement le pacte ? – Lorsque le pacte est à durée indéterminée (absence de terme extinctif), il a parfois été soutenu que chaque partie disposait du droit de résilier unilatéralement le pacte puisque telle serait la règle pour tous les contrats à durée indéterminée[42].

Toutefois, l'analyse du pacte en tant que droit conventionnel de préemption s'oppose à une telle solution. La particularité du pacte de préférence est qu'il ne produit aucun effet pour le bénéficiaire tant que le promettant ne décide pas de vendre. Permettre la résiliation unilatérale, c'est permettre au promettant d'empêcher le bénéficiaire d'exercer sa préférence et vider le pacte de sa raison d'être. De même, soutenir que le promettant a une obligation de ne pas conclure un pacte avec un tiers relève d'une confusion entre le droit de disposer du bien (qui n'est pas entamé) et la liberté de choisir son contractant (qui est réduite par le pacte). Or les droits de préemption ne jouent justement que dans l'hypothèse où le propriétaire décide de vendre et ne réduisent que la liberté de choisir l'acheteur.

Ce dernier exemple permet de mesurer la fertilité méthodologique qui s'attache à prendre les droits légaux de préemption comme modèle pour raisonner sur le droit créé par le pacte de préférence.

9. Contrepoint : la multiplicité des pactes de préférence – Le rapprochement du pacte de préférence avec les droits légaux de préemption ne doit pas faire croire que la découverte de sa « vraie » nature a été réalisée comme si elle avait existé de toute éternité. Au contraire, l'idée était plus d'insister sur la part contingente dans l'évolution de la jurisprudence : guidée par ses propres solutions antérieures elle s'est dirigée vers une unification très lente et progressive de la préemption légale et de la préférence conventionnelle.

---

[37] Cass. civ. 1ère 18 avr. 2000, n°98-13620.

[38] C. rur. art. L. 412-11 et L. 412-12 al. 3 ; C. urb. art. L. 214-1 al. 2.

[39] C. rur. art. L. 412-10 ; L. n°75-1351 du 31 décembre 1975, art. 10-II.

[40] C. Saint-Alary-Houin, th. Précitée, n°267 s., p.241 s.: la substitution est la sanction de principe du droit de préemption.

[41] En ce sens, Th. Piazzon, « Retour sur la violation des pactes de préférence », RTD civ. 2009, n°30, p.461.

[42] Par ex., en faveur de cette solution : Th. Piazzon, « Retour sur la violation des pactes de préférence », RTD civ. 2009, n°15, p.447. V. contre l'idée de résiliation unilatérale : P.-Y. Gautier, obs. à la RTD civ. 2002, p.117 ; B. Thuillier, note sous Cass. ch. Mixte 26 mai 2006, JCP N 2006, 1417, 1.B. in fine ; H. Kenfack, note sous Cass. civ. 3e 15 janv. 2003, D. 2003, 1190, spéc. n°9.

Aucun des développements précédents ne saurait occulter que le pacte de préférence est un contrat innommé et qu'en conséquence il n'existe pas d'autres règles qui le régissent que celles du droit commun. A la différence de la vente ou du bail, il n'y a pas de droit supplétif pour le pacte de préférence. Si les parties n'ont rien prévu, le législateur n'a indiqué aucune piste pour combler les lacunes de la convention : les « suites »[43] de la convention sont le seul guide.

Aussi, il faut se départir de toute croyance en une unité monolithique du pacte de préférence: c'est avant tout le contrat (et non la loi) qui détermine et fixe l'étendue des droits des parties. La rédaction du pacte de préférence et le choix des formules se révèle encore plus délicat que pour les autres contrats. La liberté contractuelle brille d'un éclat encore plus puissant que dans les autres conventions.

La tentation jurisprudentielle actuelle est de construire, par besoin de sécurité, un régime uniforme du pacte de préférence, élaboré en contemplation des droits de préemption. Cette sécurité juridique tant recherchée et espérée pourrait tout aussi bien être atteinte en respectant simplement ce que les parties ont stipulé, ce qui, il est vrai, demande un effort tout aussi scrupuleux de lecture et de rédaction de la convention. De cette façon, les juges n'auraient pas besoin de s'adonner à une pseudo-activité législative d'élaboration d'un régime faisant office de droit supplétif.

S'il est manifeste que bien des solutions sont inspirées par référence aux droits de préemption, cela ne doit pas faire oublier que d'autres figures du pacte de préférence sont envisageables. Le droit du bénéficiaire peut tout aussi bien être compris comme une information préalable sur la décision de contracter ou comme le droit de former un contrat qui n'impose pas une substitution. La tentation du modèle unique ne devrait pas condamner tous les ressorts de l'innommé. Les différents visages du pacte ne le transforment en monstre en plusieurs têtes que si l'on tente de force de les rattacher au même corps. Au contraire, si l'on restitue à ces différentes faces leur autonomie, on découvre de multiples de définir et de concevoir la préférence. Pour que les autres visages du pacte se manifestent, il faut que le praticien rédige de façon complète et rigoureuse l'écrit contractuel afin que ses lacunes ne donnent pas prise à l'influence du modèle des droits de préemption. C'est dire combien son rôle de conseil est précieux et combien il ne doit pas abdiquer sa liberté dans un domaine où le législateur l'a portée à son apogée.

[43] CCiv. art. 1135.