



**HAL**  
open science

## L'impact des règles de la réforme du droit des contrats sur la conclusion des contrats de construction

Marianne Faure-Abbad

► **To cite this version:**

Marianne Faure-Abbad. L'impact des règles de la réforme du droit des contrats sur la conclusion des contrats de construction. Conférence prononcée lors du colloque " L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction et le droit immobilier " Organisé par L'Association française de droit de la construction et le CERCOL, siège de la Fédération française du bâtiment, Paris le 1er avril 2016, Apr 2016, Paris, France. hal-01925754

**HAL Id: hal-01925754**

**<https://hal.science/hal-01925754>**

Submitted on 29 Apr 2019

**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.

## **L'impact des règles de la réforme du droit des contrats sur la conclusion des contrats de construction**

**Conférence prononcée lors du colloque « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction et le droit immobilier »**

**Organisé par L'Association française de droit de la construction, siège de la FFB, Paris le 1<sup>er</sup> avril 2016**

**Marianne Faure-Abbad**

Le droit français de la conclusion du contrat en général, et celui des contrats de construction et des contrats immobiliers en particulier, repose pour l'essentiel sur des solutions jurisprudentielles que les manuels de droit travaillent à organiser en système ordonné. Il faut ajouter les textes du Code civil sur les contrats conclus par voie électronique (que l'ordonnance rapatrie d'ailleurs avec la conclusion du contrat), les facultés de réflexion/rétractation de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation<sup>1</sup> ainsi que, le cas échéant, le droit des contrats de consommation conclus hors établissement ou à la suite d'un démarchage à domicile par exemple. L'intérêt du législateur pour la conclusion du contrat n'avait jusqu'à présent pas dépassé ces initiatives sectorielles, souvent guidées par le devoir de respecter nos engagements communautaires.

L'un des objectifs de l'ordonnance est d'assurer un meilleur accès à la connaissance de la règle et, partant, une plus grande prévisibilité des solutions. Sur le terrain de la conclusion du contrat, les contractants futurs pourront désormais ouvrir le Code civil et lire la manière dont ils pourront mener leur négociation, formuler leur offre, leur acceptation, imposer leur conditions générales, etc. Avec l'ordonnance du 10 février 2016, le législateur français dote le droit civil des contrats d'une loi commune embrassant les différentes étapes de la vie d'un contrat, sa conclusion en premier lieu. Suivant une méthode familière aux instruments modernes de droit des contrats<sup>2</sup>, l'ordonnance présente une section relative à la formation du contrat qui distingue la conclusion du contrat de sa validité, s'occupant de la période précontractuelle (des négociations jusqu'à la rencontre des volontés) avant de présenter les conditions de validité des contrats formés.

L'impact de cette codification des règles de conclusion sur les contrats du droit de la construction et du droit immobilier, sera plus ou moins fort selon qu'il existe des dispositions spéciales les régissant. Les contrats du secteur protégé seront ainsi plus hermétiques aux nouvelles règles que ceux du secteur libre dans la mesure où l'adage *specialia generalibus derogant*, formulé à l'article 1105 de l'ordonnance, jouera pour faire primer les règles du Code de la construction et de l'habitation sur celles du Code civil. Cependant le nouveau droit des contrats trouvera l'occasion de s'appliquer aux contrats du secteur protégé toutes les fois où il faudra répondre à une question que le droit spécial ignorera. Et à propos de la négociation et de la conclusion des contrats précisément les textes du secteur protégé sont assez pauvres ; la loi commune aux contrats sera ainsi le plus souvent applicable.

Le champ des impacts possibles de l'ordonnance sur les contrats du secteur de l'immobilier est donc vaste et la réflexion à mener à la fois simple et complexe.

---

<sup>1</sup> Pour les acquisitions immobilières opérées par un non-professionnel.

<sup>2</sup> V. les Principes du droit européen des contrats (Chapitre 2. Formation),

Simple lorsque l'impact de la réforme sur les contrats immobiliers transparaît d'une lecture comparée des solutions positives (essentiellement jurisprudentielles pour notre sujet) et des nouveaux textes du Code civil que contient l'ordonnance. On identifie ainsi assez rapidement la part des solutions qui est consacrée dans la loi nouvelle (avec pour exemple topique la sanction de la violation d'un pacte de préférence ou encore la définition de l'offre) et celles qui, au contraire, en sont bannies (et l'on songe évidemment à la jurisprudence Consorts Cruz mise à mort par l'article 1124). L'impact se fait encore facilement jour pour ces questions sur lesquelles la jurisprudence était hésitante et que l'ordonnance clarifie : prise en compte de la réception de l'acceptation pour fixer le lieu et la date de formation du contrat ou encore caducité de l'offre dont l'auteur est décédé ou frappé d'incapacité. Sur toutes ces questions, l'impact se mesure sans difficulté : l'ordonnance codifie des solutions jurisprudentielles (son impact est alors neutre) ou bien les renverse (et l'impact est majeur) ou tranche des solutions jusque-là incertaines (et son impact sur la fixation du droit positif est évidemment important).

Plus complexe est la mise en évidence des impacts des textes de l'ordonnance qui innovent et dont, par définition, l'interprétation n'est pas encore faite. On songe par exemple à l'étendue du devoir général d'information posé à l'article 1112-1 qui vise les informations « *en lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ». Il y a une part de prédiction à rechercher aujourd'hui l'impact des textes de la loi nouvelle qui ne font pas écho, ou peu, à des solutions anciennes. Les textes dont on cherche à mesurer l'impact –même s'ils ont déjà pour la plupart une histoire prénatale et un héritage doctrinal et jurisprudentiel importants - sont des textes bruts, dont le sens se forgera aussi, beaucoup, grâce l'œuvre des interprètes.

Pour mesurer l'impact des règles issues de l'ordonnance sur la conclusion des contrats du secteur de l'immobilier, on suivra l'ordre des nouveaux textes qui ne suit pas une démarche chronologique. Si la négociation (I) précède logiquement le processus de rencontre des volontés (II), la problématique des contrats préparatoires dépasse la distinction entre formation et exécution du contrat (III).

## **I. La négociation du contrat**

---

La sous-section relative à la négociation traduit un objectif d'équilibre entre liberté et loyauté : la liberté contractuelle dont jouissent les partenaires à la négociation (A) ne les dispense pas de devoirs précontractuels (B).

### **A. La liberté dans la négociation**

L'affirmation du principe de liberté contractuelle figure à l'article 1112 : on entre, on négocie et on rompt librement les négociations précontractuelles du moment qu'on le fait de bonne foi. Le message est fort sans être nouveau : l'entrée, la conduite et la sortie des négociations restent l'exercice d'une liberté qui n'a d'autre limite que la responsabilité lorsqu'une faute est commise à l'occasion de ces négociations -laquelle ne peut résulter du seul fait de rompre les discussions.

Les textes issus de l'ordonnance définissent le dommage réparable d'une façon qui exclut ce que la doctrine nomme « intérêt positif » ou « intérêt d'exécution » : « *en cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la*

*perte des avantages attendus du contrat non conclu* » (art. 1112-1). Il s'agit d'une responsabilité extracontractuelle (les articles 1112-2 et 1116 font respectivement références à la responsabilité de « droit commun » et « extracontractuelle »). Le droit français, à l'inverse des droits allemand et suisse, ne connaît pas la responsabilité précontractuelle qui étirerait le régime de la responsabilité contractuelle à la période précontractuelle—*culpa in contrahendo*. La jurisprudence écarte la théorie de Rudolf von Jhering<sup>3</sup> depuis le début des années 1970<sup>4</sup>.

La violation d'un devoir précontractuel engage donc une responsabilité de nature extracontractuelle qui, logiquement, ne peut s'étendre à l'indemnisation d'une quelconque part du gain qui pouvait être espéré du contrat discuté. Le commerçant évincé de la négociation d'un bail en l'état futur d'achèvement par un partenaire de mauvaise foi, ne pourra donc pas prétendre à l'indemnisation du bénéfice qu'il espérait tirer du déplacement de son fonds de commerce dans un lieu plus attractif. Il n'aura droit qu'à la compensation de l'intérêt négatif, compris comme l'intérêt qu'il aurait eu à ne pas entrer, ou à ne pas rester, en négociation<sup>5</sup> : frais d'expertise, d'audit, frais de conseils, de rédaction de projets de contrats. etc.

Ce que l'ordonnance ne dit pas, c'est que le négociateur évincé ne peut pas davantage obtenir une indemnité pour la perte d'une chance d'exploiter son commerce dans les lieux espérés. Le rapport au Président de la République témoigne pourtant que l'ordonnance consacrerait ici la jurisprudence Manoukian, ce qui n'est pourtant pas évident. Pour s'en convaincre on comparera la solution de l'article 1112 à l'attendu bien connu de la Chambre commerciale de la Cour de cassation: « *Les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* »<sup>6</sup>. La Société Manoukian ne réclamait pas l'indemnisation de la perte des avantages du contrat manqué ; elle demandait moins : la réparation de la perte d'une chance d'obtenir les gains espérés du contrat négocié.

La perte d'une chance est un chef de préjudice distinct de l'avantage qu'eut procuré la chance si elle s'était réalisée. La perte d'une éventualité favorable de remporter la conclusion du contrat (perte d'une chance) ne doit pas être confondue avec les gains qu'on aurait tirés de l'exécution du contrat. Or l'article 1112 nouveau issu de l'ordonnance n'exclut expressément que la perte des avantages attendus du contrat non conclu, c'est-à-dire les gains manqués, sans évoquer la perte d'une chance. On pourra trouver des négociateurs déçus que ce silence motivera à en demander réparation, d'autant que la jurisprudence antérieure à l'arrêt Manoukian voyait un préjudice indemnifiable dans la perte d'une chance de contracter<sup>7</sup>. Ce silence du texte rend possible un revirement de la jurisprudence Manoukian qu'une exclusion exprès de la perte de chance aurait rendu impossible. Si les rédacteurs de l'ordonnance avaient voulu laisser à la Cour de cassation le soin de décider de la pérennité de sa jurisprudence Manoukian, ils ne s'y seraient pas pris autrement.

<sup>3</sup> Voir Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, LGDJ. 1914, 3<sup>ème</sup> éd, n°157.

<sup>4</sup> Cass. com. 20 mars 1972, *Bull. civ.* IV, n°93, pourvoi 70-14154.

<sup>5</sup> V. pour un projet de cession de bail commercial, Civ. 3, 19 septembre 2012, 11-10.532.

<sup>6</sup> Cass. com. 26 novembre 2003, *Bull. civ.* III n°186, pourvoi n° 00-10243 00-10949.

<sup>7</sup> O. Deshayes, « Le dommage précontractuel », *RTD com.* 2004, p. 200.

Mais pour l'instant, l'heure est plutôt à la confirmation de la solution y compris dans le secteur qui nous intéresse<sup>8</sup>.

Il faut enfin prendre garde à l'incidence de la conclusion d'un accord de principe ou d'un quelconque contrat de négociation, sur la nature de la responsabilité et la mesure des dommages et intérêts encourus. En présence d'un encadrement contractuel des négociations, l'obligation de négocier de bonne foi devient une obligation contractuelle. L'ordonnance ne régit pas ces accords qui formalisent la négociation en termes de calendrier, de clauses de confidentialité, de sincérité ou d'exclusivité... Soumis au principe de bonne foi de l'article 1104 (« *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* »), ils le sont également au titre de l'article 1112 puisque la négociation est précisément l'objet de ces contrats. Aussi les dommages et intérêts, cette fois contractuels, ne s'étendront pas à la réparation de la perte des avantages attendus du contrat négocié : la solution est correcte puisque les accords de principe ne créent aucune obligation de conclure le contrat négocié. C'est toutefois sans compter avec une clause de l'accord qui stipulerait une certaine indemnisation de la perte d'une chance de conclure le contrat.

Dans tous les cas, la conclusion d'un contrat de négociation est l'occasion de fixer le coût et la charge des négociations et surtout de contractualiser un certain nombre de devoirs précontractuels.

## **B. Les devoirs de la négociation**

Lorsque les parties s'engagent dans un contrat de négociation, c'est souvent pour stipuler des clauses d'exclusivité, de confidentialité ou encore de sincérité (qui les oblige à révéler les négociations entamées avec un tiers) qu'elles assortissent de clauses pénales le cas échéant. L'apport de l'ordonnance est de poser deux de ces devoirs comme exigences de toute négociation contractuelle : il s'agit du devoir d'information, impératif, et du devoir de confidentialité qui ne l'est pas.

### **1. Le devoir d'information**

L'existence d'un devoir d'information précontractuel n'est pas nouvelle mais l'obligation était jusqu'à présent sectorielle. L'information était due lorsque des textes l'imposaient (droit de la consommation, droit de l'environnement par exemple) ou dans les domaines où la Cour de cassation la jugeait utile (devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit à un emprunteur non averti par exemple). L'article 1112-1 nouveau du Code civil généralise ce devoir d'information précontractuel dans tous les contrats et pour tous les contractants.

Les futures parties à un contrat de VEFA ou à un marché de travaux devront donc se donner mutuellement toutes les informations déterminantes de leur consentement, comprises comme celles qui sont « *en lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* » (al. 1). En revanche, le promoteur qui connaîtrait la valeur d'un terrain que son propriétaire ignore, sera dispensé de lui communiquer cette information : « *Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas*

---

<sup>8</sup> Cass. civ. 3, 28 juin 2006, *Bull. civ.* III n°164, pourvoi n°04-20040 : à propos de la perte d'une chance de réaliser un programme immobilier; Cass. civ. 3, 7 janvier 2009 pourvoi n°07-20783 relatif à la perte d'une chance d'obtenir un droit au bail dans un local commercial particulièrement bien placé.

sur l'estimation de la valeur de la prestation » (al. 2). A première vue, le texte consacre l'arrêt du 17 janvier 2007 dans lequel la troisième chambre civile avait jugé que « l'acquéreur, même professionnel, [n'était] pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis »<sup>9</sup>. Mais cet arrêt, comme l'arrêt Baldus qui l'a précédé<sup>10</sup>, était relatif à une action en nullité du contrat pour réticence dolosive. Or sur le terrain du dol, la dissimulation intentionnelle d'une information déterminante du consentement n'est pas connectée, dans le nouveau régime des vices du consentement (art. 1137 al. 2), au devoir d'information de l'article 1112-1. L'article 1137 al. 2 dispose : « Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie » ; il ne codifie pas la jurisprudence Baldus qui faisait précisément de la violation d'une obligation d'information une condition de la réticence dolosive. On pourra donc imaginer des situations dans lesquelles une information ne relevant pas du devoir général d'information de l'article 1112-1 (l'information sur la valeur du bien immobilier) pourra cependant conduire à la nullité pour dol si sa dissimulation est intentionnelle et qu'elle était bien déterminante du consentement au sens des textes sur les vices du consentement (art. 1130 et suivants).

Aux termes du troisième alinéa de l'article 1112-1, seules les « informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties » sont exigibles. La question de l'étendue de l'information comprise dans le champ du devoir est capitale.

Illustrons. Un constructeur fragile financièrement devra-t-il en informer son client, notamment dans le secteur libre où aucune garantie financière d'achèvement n'est obligatoire ? Une telle information est sans doute en lien direct avec la promesse de l'achèvement d'une construction ; elle l'est aussi avec la qualité du constructeur si l'on veut bien considérer que la solvabilité est une qualité ; mais ce lien est-il nécessaire ? A supposer que oui, l'information ne serait cependant pas due si l'ignorance du maître de l'ouvrage n'était pas légitime car les négociateurs ont aussi un devoir de se renseigner : l'information n'est exigible que si « légitimement », l'autre partie l'ignore (1112-1, al. 1) ; elle l'est encore exigible si, légitimement toujours, elle « fait confiance à son contactant. » ce devoir trouve aussi une limite dans la confiance qu'on peut avoir dans l'autre (même texte), d'où une question : la confiance doit-elle être légitime pour justifier le devoir d'information ou l'information serait-elle due aussi au confiant aveugle ?

On le voit, l'étendue de ce devoir général d'information posera des incertitudes que les parties ne pourront pas régler par des clauses qui risqueraient de tomber sous le coup de l'interdiction des stipulations qui limiteraient ou excluraient ce devoir. Le risque est une condamnation en responsabilité (extracontractuelle ou contractuelle selon la forme des négociations) doublé d'une annulation du contrat si les conditions du dol sont réunies.

Devant la généralité du devoir d'information et face aux incertitudes liées à l'interprétation des nouveaux textes, on ne peut que conseiller aux parties de communiquer ce qui est déterminant de leur consentement afin de rendre exigible l'information et, parallèlement de préconstituer des preuves de la délivrance des informations.

<sup>9</sup> Cass. civ. 3, 17 janvier 2007, *Bull. civ.* III n°5, pourvoi n°06-10442.

<sup>10</sup> Cass. civ. 1, 3 mai 2000, Baldus, *Bull. civ.* I n°131, pourvoi n° 98-11381.

## 2. Le devoir de confidentialité

Aux termes de l'article 1112-2. « *Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun.* »

Du point de vue des contrats de construction en général, ce devoir de confidentialité est une utile ; il permet aux promoteurs, constructeurs, donneurs d'ordre, vendeurs, etc...d'être protégé contre des indiscrétions sans passer par un accord de non divulgation. Autrement dit, la confidentialité des échanges sera désormais de droit ; même si le texte ne lui donne pas de caractère impératif, à rebours du devoir d'information, les clauses libérant l'utilisation des informations obtenues à l'occasion des négociations devraient être rares. Mais il reste très utile de rédiger des accords sur la confidentialité pour définir ce que sont les informations confidentielles, celles qui pourront être diffusées sous couvert d'autorisation et celles qui ne pourront jamais l'être ; l'avantage d'une contractualisation du devoir de confidentialité résulte aussi de la limite temporelle que les négociateurs peuvent lui assigner, de l'organisation des sanctions en cas de violation, de la précision des personnes autorisées à recevoir les informations....En somme, la généralisation d'un tel devoir de confidentialité dans les négociations des contrats n'ôte rien à la pertinence des clauses de confidentialité fréquentes dans le monde des affaires. Elle sera utile pour ceux des négociateurs qui, moins armés, contractent des accords de confidentialité sans en être créanciers ; même à défaut d'accord, un devoir de confidentialité leur sera dû.

Surtout, le devoir de confidentialité, non impératif, s'efface sans doute devant le devoir d'information auquel l'article 1112-1 ne permet n'y d'échapper ni de limiter : la rédaction d'une clause de confidentialité devra désormais tenir compte des informations que son débiteur devrait avoir à fournir dans le cadre de négociations ultérieures afin qu'il ne soit pas conduit à violer une obligation de confidentialité pour respecter son devoir, impératif, d'information.

Devoir d'information, devoir de confidentialité, la liste des devoirs précontractuels pourra ne pas s'arrêter à ces exigences légales. L'article 1112 rappelle pour la négociation l'exigence générale de bonne foi que pose l'article 1104 ; au titre de la bonne foi, d'ordre public, le juge pourrait bien découvrir d'autres exigences. L'article 1112 alinéa 1<sup>er</sup> pourra ainsi constituer le fondement de la découverte d'autres devoirs précontractuels : sans doute pas l'exclusivité qui malmènerait trop la liberté contractuelle, mais par exemple l'exigence de motivation lorsqu'on rompt des négociations très avancées ?

## II. Le processus de conclusion du contrat

---

L'ordonnance introduit le processus de conclusion du contrat dans le Code civil, là où il n'apparaissait jusqu'à présent qu'au regard des contrats électroniques (dont le régime est désormais rapatrié avec les textes relatifs à la conclusion du contrat). Ce faisant les nouveaux textes organisent pour l'offre de contrat un droit commun qu'il faut confronter aux solutions spéciales en matière immobilière, particulièrement au regard de définition de l'offre (A) et surtout de sa rétractation (B).

### A. Définition de l'offre

La conception française de l'offre est consacrée à l'article 1114 nouveau du Code civil issu de l'ordonnance : l'offre peut être faite à personne déterminée ou indéterminée ; elle comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation (condition de fermeté) ; à défaut il y a seulement invitation à entrer en pourparlers. L'appel d'offres d'un maître d'ouvrage est ainsi une invitation à entrer en pourparlers, dans les conditions du règlement de consultation, tandis que les propositions soumissionnées par les entrepreneurs sont des offres si elles sont bien précises et fermes –ce qu'elles sont en général.

Aux termes de l'article 1116, l'offre comporte toujours un délai d'une durée raisonnable à défaut d'être expressément fixée par son auteur<sup>11</sup> ; à l'expiration de ce délai, l'offre est caduque (art. 1117). Bien que le texte n'y fasse aucune allusion, il faut aussi respecter les délais légaux de maintien de certaines offres. On songe au délai minimal de trente jours durant lequel l'offre de prêt immobilier de l'article L. 312-10 du Code de consommation doit être maintenue. On songe également au délai minimum de trente jours qui doit séparer l'offre de contrat définitif de VEFA adressée au réservataire d'un contrat préliminaire et la signature de l'acte de vente. Ce délai doit permettre au réservataire de comparer cette offre avec la réservation et de réfléchir à sa décision d'acheter. Ce délai conçu plutôt comme un délai de réflexion auquel d'ailleurs le réservataire est autorisé à renoncer s'il le fait de manière expresse<sup>12</sup>, devrait aussi faire office de délai de validité, l'offre devenant caduque si l'acte n'est pas signé au terme du délai.

## B. Rétractation de l'offre

Les règlements de consultation qui accompagnent les appels d'offres comportent généralement un délai de validité des offres ; on peut y lire souvent que les offres déposées sont *irrévocables*. Pourtant en droit français, il n'est pas d'offre qui soit tout à fait irrévocable ; notre système ne fait que très peu de place à l'engagement unilatéral de volonté comme source d'obligation<sup>13</sup> et l'offre n'appartient pas à la catégorie des actes juridiques créateurs d'obligation. L'ordonnance ne dévie pas de cette tradition avec les 1115 et 1116. La rétractation de l'offre est licite ou illicite selon le moment où elle intervient ; mais jamais le maintien de l'offre n'est susceptible d'exécution forcée.

### 1. La rétractation licite

Aux termes de l'article 1115, l'offre peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire. C'est la manifestation du caractère d'acte réceptice de l'offre, acte qui doit être adressé à autrui pour produire des effets juridiques. La rétractation de l'offre est un fait non juridique tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ; autrement dit, durant le temps bref en général qu'il faut à l'offre pour parvenir à son destinataire, elle n'a pas d'existence juridique. L'offre retirée avant d'être reçue ne produit aucun effet, elle reste dans la sphère du non droit.

### 2. La rétractation illicite

<sup>11</sup> Ou résulter de la norme Afnor P03-001 par exemple, qui limite à 60 jours la durée des offres.

<sup>12</sup> Ref JP

<sup>13</sup> L'exécution volontaire ou la promesse d'exécution d'une obligation naturelle en est un (1100, al. 2 issu de l'ordonnance) ?

Une fois reçue par son destinataire, l'offre déploie ses effets juridiques ; « *elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable* » dispose le nouvel article 1116 du Code civil issu de l'ordonnance. La rétractation de l'offre durant son délai de validité (ou d'irrévocabilité) est à la fois efficace (elle empêche le contrat de se former) et fautive : elle engagera la responsabilité extracontractuelle de son auteur sans pouvoir former le contrat (art. 1116)<sup>14</sup>.

Ces solutions ne sont pas nouvelles mais leur codification dans la partie du Code civil consacrée aux contrats les élève au rang de règles de droit commun –ce qu'elles n'étaient pas jusque-là puisque l'article 5 du Code civil fait défense aux juges, et donc à la Cour de cassation, de rendre des arrêts de règlements. L'existence prochaine d'un droit commun de l'offre de contrat suscitera des questions d'articulation avec les règles applicables aux offres spécialement réglementées. On peut en formuler deux au sujet de la déclaration d'intention d'aliéner adressée aux bénéficiaires d'un droit de préemption urbain par exemple<sup>15</sup>.

*1ère question. L'auteur d'une DIA peut-il se rétracter durant le délai de deux mois sans attendre la réponse du destinataire?*

La déclaration d'intention d'aliéner, que doit adresser le vendeur d'un bien soumis au droit de préemption urbain, est une offre au sens de l'article 1114 du Code civil issu de l'ordonnance. En l'absence de disposition spéciale du Code de l'urbanisme sur la question précise de la rétractation de l'auteur d'une DIA durant le délai de deux mois laissé au destinataire du droit de préemption pour prendre sa décision (art. L. 213-2 al. 3 Code de l'urbanisme), il conviendrait d'appliquer le droit commun de l'article 1116 nouveau du Code civil : la rétractation serait donc illicite avant l'expiration d'un délai au moins raisonnable, lequel pourrait aisément s'identifier au délai de deux mois de l'article L. 213-2. L'article 1105 issu de l'ordonnance favorise cette solution : les règles générales s'appliquent en l'absence de règles particulières. Mais l'application de l'article 1116 au retrait d'une

---

<sup>14</sup> A l'instar de la responsabilité née à l'occasion des négociations, l'offrant qui se rétracte en violation de l'obligation de maintien ne peut être condamné à « *compenser la perte des avantages attendus du contrat* » (art. 1116 dernier alinéa). Cependant, même ainsi limitée à la réparation de l'intérêt négatif, l'indemnisation peut être importante dans un secteur comme l'immobilier où les enjeux sont importants. Pour illustration l'auteur d'une offre d'achat d'un terrain en vue d'y réaliser un gros programme immobilier a pu être condamné à verser plus de 400 000 euros de dommages et intérêts (pour une offre dépassant les 8 millions d'euros) en réparation du préjudice financier (immobilisation du terrain) et d'image résultant du retrait de sa proposition (Cass. civ. 3, 7 juillet 2015, pourvoi n°14-20536).

la somme peut nje pense à un arrêt de juillet 2015 dans lequel l'offrant a été condamné à plus de 400 000 euros de DI (pour un prix de vente offert à 8 250 000), en réparation du préjudice financier (immobilisation du terrain) et d'image résultant du retrait de la proposition. Civ. 3, 7 juillet 2015 (14-20536) : « proposition foncière » d'acquisition d'un terrain d'une durée de validité de trois mois après négociation, contenant prix (8 250 000 euros), projet de construction et « en cas d'accord sur la présente proposition, nous vous proposons d'établir et de conclure une PUV par devant notaire, après validation de notre comité d'engagement foncier ». Moins de trois mois après, l'offrant informe le partenaire qu'il ne donne pas suite à la proposition foncière en l'absence de validation par le comité d'engagement. Le bénéficiaire de l'offre les assigne en paiement de 412 500 euros en réparation de son préjudice financier (immobilisation du terrain) et d'image résultant du retrait de la proposition (soit environ 5% du prix).

<sup>14</sup> C. Saint Alary Houin, « Approche conceptuelle du droit de préemption », JCP éd. N, 2011, p. 1260.

<sup>15</sup> On pourrait aussi mesurer la portée des nouveaux textes sur d'autres droits de préemption comme celui de l'article 15 de la loi de 1989 qui profite au locataire d'un bien d'habitation

DIA se heurterait à une jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation qui, de concert, ont jugé que « *L'offre de vente résultant de la déclaration d'intention d'aliéner constitu[e] jusqu'à son acceptation par le titulaire du droit de préemption une simple pollicitation qui [peut] être rétractée unilatéralement* »<sup>16</sup>, c'est-à-dire librement. Les auteurs d'une DIA disposent ainsi, en application de solutions jurisprudentielles convergentes des juridictions administrative et judiciaire, de la faculté de rétracter leur déclaration d'intention d'aliéner alors même que leur offre est en cours d'examen.

Cette solution originale s'explique sans doute par la particularité de la situation de l'auteur d'une DIA. En raison de l'intérêt général « sous-jacent » à toute préemption<sup>17</sup>, sa liberté contractuelle est doublement entravée : d'abord parce qu'il doit offrir la vente en priorité au bénéficiaire du droit de préemption ; ensuite parce qu'il n'a d'autre choix que de renoncer à la vente de son bien si le bénéficiaire propose d'acquérir à un prix qui ne l'intéresse pas, sauf à accepter sa fixation par le juge de l'expropriation. En droit commun au contraire, l'auteur d'une offre qui se rétracte reste toujours libre de contracter avec un tiers puisqu'il ne peut être condamné ni à la conclusion du contrat offert ni à l'interdiction de conclure avec un tiers.

La liberté accordée par les juges à l'auteur d'une DIA de se rétracter tant qu'il n'a pas reçu la décision de préempter ne relève sans doute pas de la règle de conflit posée à l'article 1105 : un arrêt de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat n'est pas l'une de ces « *règles particulières à certains contrats [qui] sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux* » (art. 1105 al. 2) et qui peuvent déroger aux règles générales (al.3). Il en irait évidemment autrement si le Code de l'urbanisme reconnaissait spécialement cette rétractation unilatérale ; *specilia generalibus derogant*. A défaut, le maintien de ces jurisprudences civile et administrative n'ira pas de soi après l'instauration d'une règle contraire, de portée générale, dans le Code civil. L'occasion d'une réforme du Code de l'urbanisme, qui se présente assez souvent, pourrait être saisie pour y codifier cette solution et en assurer la primauté sur l'article 1116 du Code civil.

*2de question. La réception d'une contre-proposition durant le délai de validité de l'offre permet-elle sa rétractation ?*

La question revient à s'interroger sur l'effet que produit le rejet d'une offre sur l'obligation de la maintenir (art. 1116). L'interdiction de se rétracter vaut-elle jusqu'au premier refus ou contreproposition ou perdure-t-elle durant le temps du délai qui reste à courir ?

La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (art. 17), les principes d'UNIDROIT (art. 2.1.5), les Principes européen du droit des contrats (art. 2 :203) et le projet Catala (art. 1105-3 *in fine*) prévoient la caducité de l'offre dans cette situation. Le Code de l'urbanisme permet aussi à l'auteur d'une DIA de retirer son offre s'il ne parvient pas à s'accorder sur le prix avec

---

<sup>16</sup> Cass. civ. 3, 17 septembre 2014, Bull. civ. III n°108, pourvoi n°13-21824. Dans cette affaire, des vendeurs avaient résilié la promesse synallagmatique de vente qui avait déclenché la DIA et en avaient informé la commune le même jour, soit après qu'elle eut voté la préemption mais avant qu'elle ne l'ait notifiée au vendeur. La cour d'appel a retenu à bon droit, juge la Cour de cassation, que l'offre de vente résultant de la DIA constituait jusqu'à son acceptation qu'une simple pollicitation qui pouvait être rétractée unilatéralement – Conseil d'Etat, 22 février 1995, n°123421, *Rec* : « *l'offre de vente résultant de la déclaration d'intention d'aliéner souscrite par le propriétaire d'un bien soumis à l'un des droits de préemption institués par le titre 1er du livre II du code de l'urbanisme constitue, jusqu'à son éventuelle acceptation par le titulaire de ce droit, une simple pollicitation qui peut être rétractée unilatéralement par ce propriétaire* ».

<sup>17</sup> C. Saint Alary Houin, « Approche conceptuelle du droit de préemption », JCP éd. N, 2011, p. 1260.

le bénéficiaire du droit de préemption (art. L. 213-7)<sup>18</sup>. Mais l'ordonnance est silencieuse sur cette question. Le destinataire d'une offre pourrait donc penser qu'il peut, sans perdre le bénéfice de l'offre, formuler des contre-propositions sauf à risquer une rétractation (qui lui ouvrira droit à dommages et intérêts cependant).

On peut répondre à cette question selon deux points de vue différents. Le premier consiste à voir dans l'offre suivie d'une contre-proposition ou d'un rejet le déroulement d'une négociation relevant de l'article 1112 nouveau du Code civil ; le second considère qu'une offre étant émise, seuls les textes régissant spécialement l'offre sont applicables. L'enjeu est important : si le retrait d'une offre consécutif à une contreproposition relève du jeu des négociations, il s'analyse alors comme l'exercice de la liberté de ne pas contracter. Pour engager la responsabilité, il faudra donc établir une faute détachable de la seule rupture des négociations. En revanche, l'application à cette situation du droit de l'offre conduit à considérer que le simple retrait de l'offre durant son délai de validité, sans égard pour l'émission d'un rejet ou d'une contre-proposition, est en lui-même un fait générateur de responsabilité extracontractuelle (art. 1116).

La question ne se pose en réalité que pour les offres émises avec un délai de maintien exprès, car l'émission d'une contreproposition ou d'un rejet de l'offre démontre que le destinataire de l'offre a disposé d'un temps raisonnable pour y répondre<sup>19</sup>. A défaut de texte prévoyant la caducité d'une offre rejetée ou modifiée par son destinataire<sup>20</sup>, il faudrait le préciser dans l'offre.

Après les négociations, l'offre et à l'acceptation, l'ordonnance intègre les contrats préparatoires dans la section consacrée à la conclusion du contrat.

### **III. Les contrats préparatoires**

L'ordonnance s'occupe de deux contrats préparatoires (la sous-section 3 porte d'ailleurs leur nom), ceux dont le contentieux est le plus important et le plus retentissant du point de vue doctrinal et pratique : il s'agit du pacte de préférence et de la promesse unilatérale de contrat. Le droit commun applicable à la « conclusion du contrat » (première section du chapitre sur la formation) comporte ainsi des dispositions qui régissent des contrats spéciaux mais qui partagent la particularité d'avoir une incidence sur la conclusion d'un contrat dont ils sont l'objet. L'objet des dispositions communes est identique pour le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat : il s'agit de définir ces contrats et d'organiser la sanction de leur violation.

Dans le champ des questions que suscitent les nouveaux textes dans le secteur de l'immobilier et de la construction, nous en avons choisi deux. La première intéresse la définition de ces contrats (A) et la seconde leur violation (B).

#### **A. L'impact des définitions légales des contrats préparatoires**

<sup>18</sup> « A défaut d'accord sur le prix, tout propriétaire d'un bien soumis au droit de préemption, qui a manifesté son intention d'aliéner ledit bien, peut ultérieurement retirer son offre ».

<sup>19</sup> Civ. 3, 17 novembre 2009, 08-20770.

<sup>20</sup> L'article 1117 prévoit uniquement que « l'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable » et qu'elle « l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur. »

C'est à propos du contrat préliminaire de réservation que ces définitions seront analysées. Si la Cour de cassation voit, depuis les années 1970, ce contrat comme une convention sui generis, la définition désormais légale du pacte de préférence et de la promesse unilatérale mérite de mesurer leur impact sur le contrat préliminaire dans le secteur protégé et dans le secteur libre.

### **1. Pacte de préférence et contrat préliminaire de réservation**

Dans le secteur protégé la conclusion d'un tel contrat est impérative dès lors que les parties souhaitent recourir à un avant contrat. Ce contrat est défini par l'article L. 261-15 comme le contrat « *par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial, le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble* ». Le rapprochement du contrat préliminaire et du pacte de préférence, qui avait été fait par le passé<sup>21</sup>, pourrait ressurgir. Aux termes de l'article 1223, « *le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter* ». La définition légale limite les éléments essentiels du pacte sans exiger la précision d'un prix ni la stipulation d'une durée ; cette confirmation de la jurisprudence existante<sup>22</sup> incite au cousinage des deux contrats : que le contrat préliminaire stipule un prix prévisionnel et qu'il oblige le réservataire au versement d'un dépôt de garantie n'empêchent pas sa proximité avec le pacte de préférence maintenant que la loi définit ce dernier expressément comme un contrat de priorité, sans exiger aucun autre élément de définition. Le contrat préliminaire de réservation n'est-il pas, en définitive, un contrat par lequel le réservant s'engage à proposer prioritairement au réservataire le bien réservé dans un programme immobilier à construire, pour le cas où, le taux de réservation étant atteint, le programme serait effectivement réalisé ?

Si l'argument convainquait des juges, le réservataire exclu de l'opération par un promoteur retors ayant préféré vendre à un tiers, pourrait faire annuler le contrat, voir s'y faire substituer, à supposer que l'acheteur en question n'ignorât ni le contrat préliminaire de réservation ni l'intention du réservataire de s'en prévaloir ; la sanction serait plus efficace que le versement de dommages et intérêts auquel sont condamnés les promoteurs qui violent leur réservation. Mais sur ce point, le risque apparaît assez faible de pouvoir faire cette preuve de la double mauvaise foi du tiers acquéreur. C'est aussi l'outil de l'action interrogatoire qui pourrait intéresser les parties ; dans le secteur protégé cependant, il paraît impossible qu'une telle action puisse obliger le réservataire à prendre position sur sa décision d'acheter alors que le réservant a l'obligation de lui notifier le projet d'acte de vente (art. R. 261-30 CCH). En définitive il y a tout lieu de penser que la définition du pacte de préférence n'attirera pas dans son champ le contrat préliminaire de réservation de l'article L. 261-15 du CCH.

### **2. Promesse unilatérale et contrat préliminaire de réservation**

Aux termes de l'article 1224 du Code civil issu de l'ordonnance, « *La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.* ». La requalification en promesse unilatérale est exclue pour la grande majorité des contrats préliminaires qui ne comportent aucune obligation

<sup>21</sup> V. Ph. Malinvaud, Ph. Jestaz, P. Jourdain et O. Tournafond, *Droit de la promotion immobilière*, n° 403.

<sup>22</sup> Cass. civ. 3, 15 janvier 2003, *Bull. civ.* III n° 9, pourvoi n° 01-03700.

contractuelle de vendre le bien réservé. La Cour de cassation a d'ailleurs tranché la question dès les années 1970 : le contrat préliminaire est une convention sui generis essentiellement synallagmatique<sup>23</sup>. Mais il est des contrats préliminaire de réservation qui contiennent un engagement plus fort du réservant et qui pourraient s'apparenter à une promesse de vente parce que le chantier est très avancé, la chose décrite précisément et le prix ferme<sup>24</sup>. Un tel contrat pourrait-il relever du droit commun des promesses unilatérales de contrats ?

Dans le secteur protégé, la correspondance avec une promesse unilatérale doit être exclue pour trois raisons.

D'abord, l'article L. 261-15 déclare nulle « toute autre promesse d'achat ou de vente ». On peut interpréter ce texte comme excluant la qualification de promesse pour le contrat préliminaire, mais l'argument est renversable : si l'article exclut toute *autre* promesse, c'est peut-être que le contrat préliminaire est une promesse au formalisme impératif.

Plus convaincant est l'argument tiré de la comparaison du mécanisme du contrat de réservation avec la définition légale de la promesse unilatérale. L'article 1124 nouveau en fait un contrat d'option alors que le contrat de réservation ne confère précisément pas d'option au bénéficiaire. Son mécanisme est différent : le réservant, qui s'est décidé à commercialiser le programme, a l'obligation d'adresser au réservataire une offre de VEFA (formalisée par la notification du projet d'acte définitif de l'article R. 261-30) ; le système n'est donc pas celui d'un contrat d'option mais d'une réservation, suivie d'une offre de vente que le réservataire accepte ou refuse. Lorsque la vente se réalise, ce n'est pas à la suite d'une levée d'option mais par l'acceptation d'une offre formellement détachée du contrat préliminaire.

Le dernier argument est peut-être le plus efficace. L'article 1124 nouveau dispose que la promesse confère le droit d'opter pour un contrat pour « *la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ». Cet élément de définition rend impraticable la promesse unilatérale de contrat solennel or les ventes d'immeuble à construire du secteur protégé sont des contrats solennels. Le contrat de réservation ne pourra donc jamais, quelle que soit l'intensité des obligations assumées par le réservant, recevoir dans ce secteur la qualification de promesse unilatérale de contrat. La définition légale de la promesse unilatérale ne remettra donc pas en cause la jurisprudence de la Cour de cassation qui avait jugé, au milieu des années 1970, que la nullité des promesses unilatérales de vente non enregistrées ne saurait être étendue par analogie aux contrats préliminaires de réservation du secteur protégé<sup>25</sup>.

En revanche, dans le secteur libre où le modèle du contrat préliminaire de l'article L. 261-15 n'est plus impératif, la rédaction d'un tel avant-contrat devra soigner son aspect « réservation » pour écarter tout risque de requalification en promesse unilatérale de vente<sup>26</sup> ; ce risque existe particulièrement pour les contrats signés alors que le chantier est avancé et qui comportent un

<sup>23</sup> Civ. 3, 27 octobre 1975, *Bull. civ.* III n°309, pourvoi n°74-11080.

<sup>24</sup> Ph. Malinvaud (dir.), *Droit de la construction*, Dalloz Action, n°531-50 et 531-60.

<sup>25</sup> Cass. civ. 3, 27 oct. 1975, *Bull. civ.* III, n°309, pourvoi n°74-11080. A la même époque, elle avait aussi jugé qu'un contrat dit de réservation, conclu pourtant dans le secteur protégé, ne constituait pas un contrat sui generis mais une promesse de vente ferme, compte tenu notamment l'état d'achèvement de l'immeuble : Cass. civ. 3, 21 juin 1977, *Bull. civ.* n°270, pourvoi n°75-15281

<sup>26</sup> V. pour un exemple de contrat préliminaire de réservation dans le secteur libre rédigé dans des termes qui excluent la qualification de promesse unilatérale de vente : Cass. civ. 3, 22 septembre 2009, 08-19435.

engagement ferme et précis sur le bien vendu et son prix. Il suffit de lire l'arrêt de la Cour de cassation du 24 septembre 2014 pour s'en convaincre : la troisième chambre civile y approuve une cour d'appel d'avoir souverainement interprété un contrat de réservation d'un local professionnel, dont les termes étaient ambigus, en promesse unilatérale de vente avec, comme enjeu, la nullité du contrat pour défaut d'enregistrement<sup>27</sup>.

## B. L'impact des règles sur la violation des contrats préparatoires

Les pactes de préférence et les promesses unilatérales de contrat sont des contrats courants du secteur de la vente d'immeuble. Le pacte de préférence intégré à l'acte de vente portant sur une partie d'un immeuble plus grand assure à l'acheteur une priorité pour acquérir le reste si le vendeur se décide un jour à vendre davantage ; quant à la promesse unilatérale de contrat, elle est en région parisienne ce qu'est la promesse synallagmatique dans d'autres régions : l'avant-contrat privilégié pour préparer une vente immobilière.

### 1. La violation d'un pacte de préférence

L'article 1124 traite de la violation du pacte par la conclusion du contrat avec un tiers ; il expose le droit à dommages et intérêts du bénéficiaire avant de codifier la jurisprudence de la Chambre mixte de la Cour de cassation qui avait élaboré une sanction originale pour ce cas : « *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* »<sup>28</sup>. L'article corrige ce qui pouvait apparaître comme une maladresse dans l'arrêt : le bénéficiaire peut obtenir la nullité *ou* la substitution. La nullité du contrat conclu avec le tiers permet au bénéficiaire d'inciter le débiteur du pacte à lui proposer le contrat s'il souhaite toujours vendre ; quant à la substitution, elle sera préférée lorsque le bénéficiaire voudra acquérir aux conditions du contrat du tiers. L'impact de la codification aurait pu être important si la proposition de la Chancellerie dans le projet d'ordonnance de 2015 de n'exiger que la preuve de la connaissance du pacte par le tiers avait été maintenu ; il eut été alors nettement plus facile pour le bénéficiaire d'un pacte d'obtenir la nullité ou la substitution du contrat conclu avec un tiers. Le maintien de la double mauvaise foi<sup>29</sup>.

La grande nouveauté est l'instauration au profit du tiers qui suspecterait l'existence d'un pacte de préférence d'interroger le bénéficiaire supposé ci afin qu'il se prononce sur l'existence du pacte et sur son intention de s'en prévaloir. Typiquement, il pourra s'agir du cas où le destinataire d'une offre de vente suspectera l'existence d'un pacte de préférence au profit d'un indivisaire. « *Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.* » « *L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat.* » (art. 1123, al. 3 et 4). Cette action sera applicable aux pactes conclus à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 ainsi qu'aux pactes en cours à cette date (art. 9 de l'ordonnance) et on se demande dans quelle mesure cette action sera exercée à titre conservatoire à

<sup>27</sup> Civ. 3, 24 septembre 2014, 13-22059.

<sup>28</sup> Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, Bull. civ. ch. mixte n°4, pourvoi n° 03-19376.

<sup>29</sup> Article 1123 al. 3 et 4.

l'adresse de tous les bénéficiaires potentiels d'un pacte de préférence ou si son usage restera limité à des hypothèses de forte suspicion d'existence d'un pacte, voire de connaissance du pacte par un tiers qui ignore cependant si le bénéficiaire aurait l'intention de s'en prévaloir.

Cette action mettra le bénéficiaire en difficulté lorsque le pacte s'accompagnera d'une clause de confidentialité. S'il ne répond pas à la question qui lui est posée, le bénéficiaire perdra le droit de demander la nullité ou la substitution ; mais s'il parle, il violera son engagement de non-divulgateur. Le projet d'ordonnance prévoyait d'ailleurs qu'une telle clause faisait obstacle aux effets du silence conservé par le bénéficiaire ; cette limite n'est pas reprise à l'article 1123 issu de l'ordonnance : la volonté de « mettre fin aux situations juridiques ambiguës », selon les mots du rapport au Président de la République, a fini par s'imposer sur la force obligatoire des accords de confidentialité. Le bénéficiaire est donc incité à violer la confidentialité pour conserver son droit à la nullité et à la substitution. Lorsque le tiers formulera sa demande après avoir reçu de l'auteur du pacte une offre de contrat, la révélation du pacte par son bénéficiaire apparaîtra finalement comme une sanction de son inexécution, ce qui pourra justifier la violation de l'engagement de confidentialité. En revanche, le cadre de l'action « interrogatoire » n'étant pas totalement précisé dans le texte, on ignore quels sont les tiers habilités à l'exercer. Doit-il s'agir d'un tiers ayant déjà conclu le contrat et qui souhaite se protéger d'une action en nullité ou en substitution du bénéficiaire ? Si la jurisprudence antérieure à l'ordonnance se maintient, ce tiers n'a rien à craindre puisque sa mauvaise foi s'apprécie au moment où il a contracté<sup>30</sup>. Le tiers doit-il alors être au moins destinataire d'une offre de contrat ou bien toute personne intéressée par un contrat susceptible de faire l'objet d'un pacte pourra exercer l'action ? L'articulation entre l'engagement de confidentialité et le risque de perdre l'action en nullité ou en substitution mérite d'être éclaircie. Tant qu'aucune précision n'est apportée sur la qualité des tiers pouvant exercer l'action « interrogatoire », les bénéficiaires des pactes de préférence seront sans doute réticents à s'engager sur la confidentialité.

## 2. La violation d'une promesse unilatérale de contrat

L'article 1124 renverse la jurisprudence Consorts Cruz de la troisième chambre civile de la Cour de cassation<sup>31</sup> en posant deux règles nouvelles : « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* » (al. 1) ; « *Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* » (al. 2). La substitution du bénéficiaire dans le contrat conclu avec le tiers de mauvaise foi n'est pas prévue car elle est inutile : puisque la levée d'option formera le contrat promis ; il suffit de dire que le premier contrat est nul.

Ces dispositions, qui intéressent toutes les promesses de contrat (bail, marché, etc.), résonnent particulièrement en matière de promesse de vente par l'effet translatif de propriété que la sanction produit : puisque « *dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un*

<sup>30</sup> Cass. ch. mixte, 26 mai 2006. *Adde*, Cass. civ. 3, 25 mars 2009, pourvoi n°07-22027.

<sup>31</sup> Cass. civ. 3, 15 décembre 1993, *Bull. civ.* III n°174 : « *tant que les bénéficiaires n'ont pas déclaré acquiescer, l'obligation de la promettante ne constitue qu'une obligation de faire [...] la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, exclue toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer* ». *Adde* dans le même sens : Cass. civ. 3, 28 octobre 2003, pourvoi n°02-14459 ; Cass. com. 13 septembre 2011, pourvoi n°10-19526 ; Cass. civ. 3, 11 mai 2011, *Bull. civ.* III n°77, pourvoi n°10-12875.

*autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat* », l'application de l'article 1124 à la violation d'une promesse unilatérale de vente conduit en définitive à forcer le transfert de propriété.

L'efficacité de la sanction devrait déjà renforcer l'intérêt des bénéficiaires pour les promesses unilatérales de contrat. Surtout elle renversera les rapports de force : alors qu'aujourd'hui le bénéficiaire doit négocier une clause d'exécution forcée de la promesse pour écarter l'application de la jurisprudence Consorts Cruz en cas de rétractation du promettant durant le délai d'option, demain il appartiendra au promettant de négocier une clause de dommages et intérêts pour écarter le jeu de l'article 1124. Dans un marché non tendu ou lorsque le bénéficiaire est un client régulier ou sensible à la réputation du vendeur, l'article 1124 ne sera pas discuté. Mais dans un marché plus tendu ou lorsque le promettant aura proposé en première intention une promesse synallagmatique de vente, sous les conditions suspensives ordinaires, il pourrait ne concéder la conclusion d'une promesse unilatérale de vente que si le bénéficiaire accepte de consentir une clause d'exclusion de l'article 1124. Il est notamment des aménageurs qui, dans leurs rapports avec les promoteurs immobiliers, font entendre l'idée que la sanction de l'exécution forcée des promesses unilatérales n'est pas opérationnelle et que la jurisprudence actuelle est facteur au contraire facteur d'équilibre<sup>32</sup>. La question du caractère impératif ou non de l'article 1124 sera sans doute rapidement posée en jurisprudence. Au soutien du caractère supplétif, les arguments sont nombreux : l'ordonnance prend le soin de qualifier certaines règles d'ordre public (le devoir d'information par exemple), laissant supposer que le caractère supplétif de ses dispositions est le principe ; la liberté de déterminer le contenu du contrat (art. 1102) doit autoriser les parties à aménager, prioriser, hiérarchiser les sanctions de l'inexécution, y compris celle applicable à la rétractation fautive d'une promesse unilatérale de contrat ; enfin, si la Cour de cassation a admis par le passé qu'on puisse convenir d'une clause d'exécution forcée en nature de la promesse pour écarter la condamnation à dommages et intérêts, l'inverse sera sans doute possible. Il faudra seulement veiller à ce que les dommages et intérêts soient d'un montant suffisant pour ne pas vider l'obligation du promettant de sa substance (art. 1170).

---

<sup>32</sup> « Comment améliorer la pratique des avant-contrats », Le Bulletin de Chevreux notaires hors série, janvier 2014, p. 6.