



AVIS DE M. LECAROZ, AVOCAT GÉNÉRAL

Arrêt n°192 du 15 mars 2023 – Chambre commerciale financière et économique

Pourvoi n° 21-20.399

Décision attaquée : 6 juillet 2021, cour d'appel de Rennes (3e chambre commerciale)

**Société Groupe Télégramme Médias
C/
Société Morgane Groupe ; et autres**

Avis de cassation

La question de droit posée par le pourvoi vous oblige à réexaminer la sanction de la rétractation d'une promesse unilatérale de vente avant l'expiration du délai laissé au bénéficiaire pour opter, avec cette spécificité propre au pourvoi, que ce délai n'avait pas commencé à courir.

Une jurisprudence contestée et contestable

Jusqu'à une date récente, la 3^e chambre civile de la Cour de cassation considérait que la sanction de la rétractation par le promettant de la promesse de vente avant l'expiration du délai d'option du bénéficiaire ne pouvait prendre la forme que d'une condamnation du promettant à des dommages-intérêts et non celle de l'exécution forcée de la promesse.

Il était jugé 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 » (3e Civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199, Bull. N° 174).

Cette solution, qui reposait sur le principe que la violation des obligations de faire n'était sanctionnée que par des dommages-intérêts, a été réaffirmée par la même chambre à plusieurs reprises (3e Civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875, Bull. N° 77, FS-P+B ; 3e Civ., 6 déc. 2018, n° 17-21.170 et 17-21.171, FS-D).

Cette solution a été logiquement reprise par la chambre commerciale dans un arrêt simplement diffusé (Com., 13 sept. 2011, n° 10-19.526, F-D).

Pourtant, des critiques doctrinales se sont élevées dès 1993.¹

Elles portaient notamment sur l'exclusion, affirmée par la Cour de cassation, de la rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir avant la levée de l'option par le bénéficiaire. Des auteurs soulignaient qu'à leur sens, le consentement à la vente était irrévocablement donné par le promettant dès la conclusion de la promesse et qu'il n'avait pas à être réitéré au moment de la levée d'option pour « rencontrer celui du bénéficiaire.

De plus, le refus de l'exécution forcée de la promesse de vente apparaissait en contradiction avec la solution consacrant l'exécution forcée en matière de pacte de préférence, par lequel le débiteur du pacte s'engage, s'il propose son bien à la vente de le proposer au préalable à son cocontractant. Ainsi, le bénéficiaire du pacte de préférence pouvait obtenir l'annulation et sa substitution à l'acquéreur, si ce dernier avait connaissance du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir (Ch. Mixte., 26 mai 2006, n° 03-19.495, Bull. N° 4 ; 3e Civ., 31 janv. 2007, n° 05-21.071, Bull. N° 16, FS-P+B).

Cette solution conférait au pacte de préférence une force obligatoire plus forte que celle de la promesse unilatérale de vente dans laquelle, pourtant, à la différence du pacte de préférence, le promettant a donné son accord sur le prix.

Enfin, la pratique notariale a vivement réagi en imaginant des « parades contractuelles à cette solution », en insérant des clauses pénales dans les promesses ou des clauses d'exécution forcées, dont la 3^e chambre civile a admis la validité et l'effectivité (3e Civ., 27 mars 2008, n° 07-11.721, FS-D).²

La circonstance, spécifique à l'espèce, de ce que le délai d'option n'a pas commencé à courir me semble indifférente. Seul me semble compter la rétractation de la promesse avant l'expiration du délai d'option, de sorte que les critiques adressées à cette jurisprudence sont parfaitement recevables dans le présent pourvoi.

¹ Voir par exemple, Mazeaud, JCP N 1995 II et L. Aynès D 1995 p.87) et les articles plus récents cités au rapport

² Actes du congrès des notaires de 1997, « L'investissement immobilier », Strasbourg, 4-7 mai 1997, 93^e congrès, pp. 38 et suivantes, cité dans l'avis de M. l'avocat général Philippe Brun relatif au pourvoi n° N 17-21.170

Une jurisprudence condamnée pour l'avenir : l'ordonnance du 10 février 2016 et sa prise en considération dans les affaires en cours

Comme le dit le rapporteur, cette jurisprudence a été « brisée » par l'ordonnance portant réforme du droit des contrats qui a opté pour la solution inverse en édictant un nouvel article 1124 du code civil, qui précise à son alinéa 2 que « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis », de sorte que la sanction de l'exécution forcée redevient possible.³

Si un auteur a appelé à une application immédiate de l'ordonnance⁴, il me semble que les dispositions transitoires sont parfaitement claires et ne vous permettent pas d'appliquer par anticipation ce texte.

L'article 9 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations prévoit que « les dispositions de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne ».

Quant à la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance, elle dispose dans son article 16 que, sauf les modifications ayant un caractère interprétatif, la présente loi entrera en vigueur le 1^{er} octobre 2018, et que la soumission à la loi ancienne des contrats antérieurs vaut « y compris pour leurs effets légaux et les dispositions d'ordre public ».

L'ordonnance de 2006 n'est pas applicable en l'espèce, puisque la promesse a été conclue le 21 juin 2012.

Cependant, la Cour de cassation n'hésite pas à s'inspirer de la loi nouvelle, même en l'absence de disposition transitoire l'y autorisant, dès lors qu'un revirement de jurisprudence lui paraît souhaitable.

Les exemples ne manquent pas de la prise en considération de la loi nouvelle pour justifier un revirement de jurisprudence, notamment en ce qui concerne l'ordonnance de 2016.

Ainsi, pour décider qu'une violation de la loi Hoguet n'entraînait qu'une nullité relative du mandat d'un agent immobilier, la chambre mixte de la Cour de cassation a décidé de revirer de jurisprudence notamment au motif « Que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment l'objectif poursuivi par les dispositions relatives aux prescriptions formelles que doit respecter le mandat [pour vendre confié à un agent

³ Le terme de « bris de jurisprudence » utilisé dans le rapport est repris de Mme Carole Champalaune, conseillère, et Mme Charlotte de Cabarrus, conseillère référendaire, chargée de mission, « Retour sur un bris de jurisprudence : la réforme de l'article 1843-4 du code civil, Etude de la chambre commerciale, financière et économique », Recueil annuel des études 2022, pp. 55 et suivantes

⁴D. Mainguy, « Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats », Dalloz 2016, chron. 1762

immobilier], lesquelles visent la seule protection du mandant dans ses rapports avec le mandataire » (Ch. Mixte., 24 fév. 2017, n° 15-20.411, Bull. N° 1). Cette jurisprudence a été reprise par la 1^{ère} chambre civile (1^{re} Civ., 20 sept. 2017, n° 16-12.906, Bull. N° 195).

Reprenant ce mode de raisonnement, la chambre sociale a jugé, pour revirer de jurisprudence à l'occasion d'un pourvoi dans lequel l'ordonnance n'était pas applicable, que « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail » (Soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103 et 16-20,104, Bull. N° 148, FS-P+B+R+I).

Tout en visant notamment « l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable à la cause », laquelle ne résultait pas de l'ordonnance de 2016, la chambre sociale a retenu les motifs suivants pour modifier sa jurisprudence relative à la distinction entre l'offre de contrat de travail et la promesse unilatérale de contrat de travail :

« Attendu que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail ;

« Attendu que l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ; que la rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extra-contractuelle de son auteur ;

« Attendu, en revanche, que la promesse unilatérale de contrat de travail 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 de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ; que la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis ; »

Le commentaire figurant au rapport de la Cour de cassation pour l'année 2017 est particulièrement explicite sur la méthode suivie par la chambre sociale qui a pris en considération les évolutions ultérieures résultant de l'ordonnance de 2016, qui n'était pourtant pas applicable à la cause :

« Suivant une méthode adoptée par la chambre mixte de la Cour de cassation (Ch. mixte, 24 février 2017, pourvoi n° 15-20.411, Bull. 2017, Ch. mixte, n° 1) la chambre sociale a choisi de réexaminer sa jurisprudence au regard de l'évolution du droit résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, et, en conséquence, d'apprécier différemment la portée des offres et promesses de contrat de travail, même si cette ordonnance n'était pas applicable aux faits de l'espèce.

[...]

« La chambre sociale de la Cour de cassation a pris acte des choix opérés pour l'avenir par le législateur avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 précitée ainsi que de la jurisprudence des autres chambres civiles de la Cour de cassation pour modifier

sa jurisprudence en précisant les définitions respectives de l'offre et de la promesse unilatérale de contrat de travail. »⁵

Un revirement déjà opéré par la 3e chambre civile sans référence à l'ordonnance de 2016

Dans un premier arrêt à la motivation enrichie, la 3^e chambre civile a décidé que « le promettant signataire d'une promesse unilatérale de vente s'oblige définitivement à vendre dès la conclusion de l'avant-contrat, sans possibilité de rétractation, sauf stipulation contraire » (sommaire de 3e Civ., 23 juin 2021, n° 20-17.554, FS-B).

Pour justifier ce revirement, il est fait état d'une analyse qui, comme l'arrêt de la chambre sociale qui lui est postérieur (21 septembre suivant), distingue offre de vente et promesse unilatérale de vente en ne faisant aucune référence à l'ordonnance de 2016 :

« 9. Cependant, à la différence de la simple offre de vente, la promesse unilatérale de vente est un avant-contrat qui contient, outre le consentement du vendeur, les éléments essentiels du contrat définitif qui serviront à l'exercice de la faculté d'option du bénéficiaire et à la date duquel s'apprécie les conditions de validité de la vente, notamment s'agissant de la capacité du promettant à contracter et du pouvoir de disposer de son bien.

10. Par ailleurs, en application de l'article 1142 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, la jurisprudence retient la faculté pour toute partie contractante, quelle que soit la nature de son obligation, de poursuivre l'exécution forcée de la convention lorsque celle-ci est possible (1^{re} Civ., 16 janvier 2007, pourvoi n° 06-13.983, Bull. 2007, I, n° 19).

11. Il convient dès lors d'apprécier différemment la portée juridique de l'engagement du promettant signataire d'une promesse unilatérale de vente et de retenir qu'il s'oblige définitivement à vendre dès la conclusion de l'avant-contrat, sans possibilité de rétractation, sauf stipulation contraire ».

En revanche, pour la 3^e chambre civile et à la différence de l'arrêt de la chambre sociale, cette nouvelle jurisprudence, applicable aux situations nées avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016, n'est pas justifiée par la prise en considération de ce dernier texte.

La même solution a encore été réaffirmée récemment par la 3^e chambre civile (3e Civ., 20 oct. 2021, n° 20-18.514, FS-B).

Il ne m'apparaît donc pas utile, si vous deviez revirer de jurisprudence, ce que je vous propose, de faire mention d'une inspiration quelconque de l'ordonnance de 2016.

La seule précaution que vous pourrez envisager me paraît être celle d'une motivation enrichie faisant apparaître l'évolution de la 3^e chambre civile, ce qui permettrait de

⁵ Rapport annuel de la Cour de cassation 2017, p. 166

répondre aux éventuelles critiques d'un revirement susceptible d'entraîner la condamnation de la France par la CEDH.

En effet, selon « le *Guide sur l'article 6 - Droit à un procès équitable* (volet civil), les exigences de la sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas un droit acquis à une jurisprudence constante (CEDH, 18 décembre 2008, *Unedic c/ France*, n° 20153/04, § 74). Une évolution de la jurisprudence n'est pas en soi contraire à une bonne administration de la justice (CEDH, *Paroisse Gréco-catholique Lupeni et autres c/ Roumanie*, n° 76943/11, §116), car l'abandon d'une approche dynamique et évolutive risquerait d'entraver toute réforme ou amélioration (CEDH, 20 octobre 2011, *Nejdet Sahin et Perihan Sahin*, n° 13279/05, §58 et CEDH, *Ablu et autres c/ Roumanie*, 15 mai 2012, § 34). Dans l'arrêt CEDH, 14 janvier 2010, *Atanasovski c/ « ancienne république yougoslave de Macédoine*, n° 36815/03, § 38), la Cour a jugé que lorsqu'existe une jurisprudence bien établie (« well-established jurisprudence ») sur la question en jeu, la juridiction suprême a l'obligation de donner des raisons substantielles pour expliquer son revirement de jurisprudence, sauf à violer les droits du justiciable d'obtenir une décision suffisamment justifiée [...].⁶

Je conclus donc à la cassation de l'arrêt.

⁶ Consultable à l'adresse suivante :
https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_FRA.pdf (§ 362)