



RAPPORT DE Mme DE CABARRUS, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE

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**

1 - Rappel des faits et de la procédure

Le 21 juin 2012, la société Morgane Groupe (la société MG) et la société Groupe Télégramme développement (la société GTD) ont conclu un protocole d'accord cadre, l'objectif étant pour la société MG d'acquérir la participation de la société GTD dans la société Bleu Iroise arsenal pour en obtenir 100 % du capital et pour la société GTD de s'inscrire plus fortement dans le cadre d'une activité événementielle en entrant au capital de la société C2G.

Cette prise de participation de la société GTD dans la société C2G se décomposait en trois parties avec un échéancier précis.

La première partie était concomitante à la conclusion du protocole. Aux termes de différentes opérations de cessions et d'apports de 2012, la société GTD a acquis 47 % du capital de la société C2G, le solde restant étant détenu par la société MG.

Dans le cadre de la deuxième partie, la société MG a consenti une promesse unilatérale de cession des titres de la société C2G à hauteur de 13 % à la société GTD, portant la participation de cette dernière de 47 % à 60 %. La levée d'option de la société GTD devait être effectuée dans les six mois à compter de la tenue de l'assemblée générale approuvant les comptes clos au 31 décembre 2015.

Dans le cadre de la troisième partie, les sociétés MG et GTD ont conclu une promesse synallagmatique de cession du solde des titres de la société C2G détenu par la société MG, sous condition suspensive de la réalisation des deux phases précédentes. Le délai de réalisation de cette troisième phase était fixé à compter de la tenue de l'assemblée générale approuvant les comptes clos au 31 décembre 2018.

Après la conclusion du partenariat, des dissensions sont apparues entre les parties portant en particulier sur la valorisation des titres de la société C2G préalablement à la réalisation de la deuxième partie.

Le 8 mars 2016, la société MG a notifié à la société GTD sa rétractation de la promesse unilatérale. Le 28 juin 2016, la société GTD a notifié à la société MG son intention de lever l'option.

Le 16 mars 2017, la société GTD a assigné la société MG, en présence de la société C2G, en cession de 13 % du capital social de la société C2G et en paiement de dommages-intérêts, la société MG demandant reconventionnellement la caducité du protocole signé le 21 juin 2012.

Par jugement du 17 avril 2018, le tribunal de commerce de Rennes a rejeté les demandes de la société GTD.

Le 18 décembre 2019, la société GTD a été absorbée par la société Groupe télégramme médias (la société GTM).

Par arrêt du 6 juillet 2021, la cour d'appel de Rennes a confirmé ce jugement et dit que la promesse de cession prévue à la troisième partie du protocole du 21 juin 2012 est considérée comme nulle et non avenue.

C'est l'arrêt attaqué par le pourvoi de la société GTM.

2 - Enoncé du moyen

Le pourvoi comporte un unique moyen, par lequel la société GTM fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes tendant à ce qu'il soit ordonné à la société MG de lui céder le nombre d'actions correspondant à 13% du capital social de la société C2G conformément aux dispositions prévues à la 2^{ème} partie du protocole cadre signé le 21 juin 2012, et ce dans un délai de huit jours à compter de la signification de l'arrêt sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard, à ce qu'il soit jugé que, passé ce délai, la simple notification à la société C2G de l'arrêt vaudra ordre de mouvement et obligera la société C2G à enregistrer dans son registre de mouvements de titres et dans les comptes d'associés la cession du nombre d'actions correspondant à 13% de son capital social au profit de la société GTM, et tendant à ce que la société MG soit condamnée à payer à la société GTM la somme de 431 000 euros, sauf à parfaire, à titre de dommages et intérêts en réparation des préjudices résultant de la réalisation tardive de la vente, et de dire que la promesse de cession prévue à la troisième partie

du protocole du 21 juin 2012 est considérée comme nulle et non avenue, alors « que 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'apprécient 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 ; que, par ailleurs, toute partie contractante, quelle que soit la nature de son obligation, dispose de la faculté de poursuivre l'exécution forcée de la convention lorsque celle-ci est possible ; qu'il s'ensuit que la rétractation du promettant signataire d'une promesse unilatérale de vente ne constitue pas une circonstance propre à empêcher la formation de la vente ; qu'il en va ainsi y compris lorsque la rétractation s'est réalisée avant que ne commence à courir le délai de levée d'option, et ce dès lors que le promettant signataire d'une promesse unilatérale de vente s'oblige définitivement à vendre dès la conclusion de la promesse, sans possibilité de rétractation, sauf stipulation contraire ; qu'en l'espèce, la société MG avait consenti à la société GTM une promesse unilatérale de vente stipulant que l'option pouvait être levée dans les six mois à compter du jour de la tenue de l'assemblée générale approuvant les comptes clos au 31 décembre 2015 ; que la société MG avait rétracté sa promesse le 8 mars 2016 ; que la société GTM avait levé l'option le 28 juin 2016, le lendemain de la tenue de l'assemblée générale ayant approuvé les comptes 2015 ; qu'en retenant, pour refuser de déclarer la vente parfaite et ordonner sa réalisation forcée, que sous l'empire du droit antérieur à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse unilatérale postérieurement à la rétractation du promettant exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la cour d'appel a violé les articles 1101, 1134 et 1142 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, applicable en la cause. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Le pourvoi pose la question de la sanction de la rétractation de la promesse unilatérale avant l'expiration du délai laissé au bénéficiaire pour opter et invite la chambre commerciale à suivre le récent revirement de jurisprudence de la troisième chambre civile sur cette question.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Le droit antérieur au revirement de la 3^e chambre civile : la rétractation de la promesse unilatérale avant l'expiration du délai d'option n'était sanctionnée que par des dommages et intérêts

La Cour de cassation jugeait depuis plusieurs années que la levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente, qui intervient postérieurement à la rétractation du promettant, exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, de sorte que la réalisation forcée de la vente ne pouvait être ordonnée et la seule sanction consistait en des dommages-intérêts.

Cette jurisprudence était pour l'essentiel celle de la 3^e chambre civile. Voir notamment - 3^e Civ., 15 décembre 1993, pourvoi n° 91-10.199, bull. N°174 : Dans une promesse de vente, l'obligation du promettant constitue une obligation de faire, tant que les bénéficiaires n'ont pas déclaré acquérir et la levée d'option, postérieure à la rétractation du promettant, exclut toute rencontre des volontés.

- 3e Civ., 27 mars 2008, pourvoi n° 07-11.721 admettant la possibilité de prévoir des clauses écartant cette jurisprudence : “Mais attendu qu'ayant retenu que si **les parties à une promesse unilatérale de vente étaient libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pouvait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente**, force était de relever que les actes conclus entre la société Foncière Costa et la société Ogic n'avaient pas stipulé que l'inexécution par la société Foncière Costa de sa "promesse ferme" et de son "engagement ferme et définitif" de vendre se résoudrait par une autre voie que celle prévue à l'article 1142 du code civil, la cour d'appel, sans dénaturer, en a exactement déduit que la société Ogic n'était pas fondée à prétendre à une exécution en nature et que la société Foncière Costa devait réparer le dommage que l'inexécution de son obligation de vendre avait pu causer à la société Ogic ;”

- 3e Civ., 11 mai 2011, pourvoi n° 10-12.875, Bull. N° 77 : “En application des articles 1101 et 1134 du code civil, la levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente postérieurement à la rétractation du promettant exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir et la possibilité d'obtenir la réalisation forcée de la vente.”

Cette jurisprudence avait été appliquée dans un litige par la chambre commerciale, dans un arrêt non publié :

Com., 13 septembre 2011, pourvoi n° 10-19.526

Vu les articles 1101, 1134 et 1583 du code civil ;

Attendu que pour dire la vente parfaite par la signature des promesses d'achat et de vente le 31 janvier 2005 et ordonner la remise, sous astreinte, des titres et le règlement du prix, au plus tard dans le délai de deux mois suivant la notification par la société FDG des modalités de paiement du prix des actions, tel que calculé dans l'annexe à la lettre du 22 septembre 2008, l'arrêt retient que l'offre de la société Vectora étant irrévocable en l'absence de disposition dans la promesse de vente autorisant la rétractation de celle-ci avant le 1er janvier 2008, et la société FDG ayant levé l'option dans le délai stipulé, soit le 7 janvier 2008, la vente est devenue parfaite à cette date, la société Vectora n'étant pas fondée à soutenir qu'elle a valablement rétracté sa promesse de vente par lettre du 5 mars 2007 ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne pouvait être ordonnée, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Cet arrêt n'avait été confirmé que par Com., 14 janvier 2014, pourvoi n° 12-29.071, dans la même affaire (ce pourvoi soulevant une autre question, celle de savoir si deux promesses croisées de vente et d'achat portant sur le même objet valent promesse synallagmatique de vente, laquelle vaut vente) :

Mais attendu, qu'après avoir constaté que la société Vectora s'est engagée à céder à la société FDG 164 711 actions qu'elle possède dans la société Larzul par un acte du 31 janvier 2005, dénommé « promesse de vente d'actions », qui contient un article 2 intitulé « acceptation de la promesse », lequel stipule que « le bénéficiaire accepte la présente promesse en tant que telle si bien qu'elle n'emporte, pour lui, aucune obligation d'achat », l'article 3 précisant que « la vente des actions pourra intervenir à tout moment à première demande pendant la durée de la promesse fixée à l'article 5 à la période du 1er janvier 2008 au 31 décembre 2009, et qu'en conséquence, le bénéficiaire ne pourra procéder à la levée d'option qu'entre ces deux dates, passé cette date, la promesse devenant automatiquement caduque », et que, par acte daté du même jour dénommé « promesse d'achat d'actions », la société FDG s'est engagée à acquérir les dites actions dans des termes identiques à ceux de la promesse de vente, l'arrêt relève que la société Vectora a informé la société FDG le 5 mars 2007 qu'elle rétractait ses engagements ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, **la cour d'appel, qui a recherché si la vente pouvait être regardée comme parfaite à la date des deux actes réciproques, a exactement retenu que la rétractation opérée par la société Vectora avant la levée d'option était exclusive d'une rencontre des volontés réciproques de vente et d'acquérir, de sorte que l'exécution forcée de la vente ne pouvait être ordonnée** ; que le moyen, inopérant en sa première branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Cette solution était toutefois contestée par une très grande majorité de la doctrine.

Voir par exemple D. Mazeaud, *Promesse unilatérale de vente : la Cour de cassation a ses raisons...*, D. 2011. 1457, spéc. n° 6.

Voir en particulier en droit des sociétés : Revue des sociétés 2012, p.22, *Promesse unilatérale de vente ou d'achat de droit sociaux. La chambre commerciale refuse de*

sanctionner comme il se doit la rétractation du promettant. Dommage !, B. Fages ; *Promesse unilatérale de contrat : pitié aussi pour le droit des sociétés !* – Antoine Gaudemet – D. 2012. 130.

Voir toutefois en sens contraire D. Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter*, RTD civ. 2004. 1 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 1er, Contrat et engagement unilatéral, 3e éd., PUF, coll. Thémis, 2012, p. 242 à 247.

La réforme du droit des contrats : un bris de jurisprudence

Suivant ainsi la majorité des auteurs, l'ordonnance portant réforme du droit des contrats a adopté une solution contraire à la jurisprudence. Même si ces dispositions nouvelles ne sont pas applicables en l'espèce, le protocole d'accord litigieux ayant été conclu avant le 1^{er} octobre 2016 (date de l'entrée en vigueur des nouveaux textes), il ne paraît pas inutile de rappeler les termes du nouvel article 1124 du code civil :

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 révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.

Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul.

Cette solution a été privilégiée afin de restaurer l'efficacité de la promesse unilatérale et de la distinguer d'une simple offre de contracter, dont la rétractation empêche la conclusion du contrat (article 1116). Elle est cohérente avec l'affirmation du principe du droit à l'exécution en nature à l'article 1221. Cf. Sur ce point le rapport au Président de la République qui accompagne l'ordonnance du 10 février 2016.

Le revirement de la 3^e chambre civile : la rétractation du promettant n'empêche pas la formation du contrat

Ces arguments sont ceux retenus par la 3^e chambre civile dans son revirement remarqué sur cette question, dans un arrêt rendu sur renvoi après une première cassation qui avait réaffirmé la jurisprudence antérieure (3e Civ., 6 décembre 2018, pourvoi n° 17-21.170) :

- 3e Civ., 23 juin 2021, pourvoi n° 20-17.554, publié :

Enoncé du moyen

6. Mme X... fait grief à l'arrêt de déclarer parfaite la vente consentie à M. et Mme Y... par la promesse du 1er avril 1999, alors « que, dans une promesse unilatérale de vente, la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir ; que la réalisation forcée de la vente ne peut alors être ordonnée ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que les époux Y..., bénéficiaires de la promesse unilatérale de vente consentie par M... X..., avaient levé l'option postérieurement à la rétractation de Mme X... ; qu'en jugeant néanmoins que cette levée de l'option avait eu pour effet de rendre la vente parfaite, la cour d'appel a violé les articles 1101 et 1134 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016. »

Réponse de la Cour

7. En application des articles 1101 et 1134 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, et 1583 du même code, la Cour de cassation jugeait jusqu'à présent, que, tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation du promettant ne constituait qu'une obligation de faire.

8. Il en résultait que la levée de l'option, postérieure à la rétractation du promettant, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, de sorte que la réalisation forcée de la vente ne pouvait être ordonnée (3e Civ., 15 décembre 1993, pourvoi n° 91-10.199, Bull. 1993, III, n° 174), la violation, par le promettant, de son obligation de faire ne pouvant ouvrir droit qu'à des dommages-intérêts (3e Civ., 28 octobre 2003, pourvoi n° 02-14.459).

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'apprécient 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 (1re 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.

12. La cour d'appel a relevé que, dans l'acte du 1er avril 1999, Mme X... avait donné son consentement à la vente sans restriction et que la levée de l'option par les bénéficiaires était intervenue dans les délais convenus.

13. Ayant retenu à bon droit que la rétractation du promettant ne constituait pas une circonstance propre à empêcher la formation de la vente, elle en a exactement déduit que, les consentements des parties s'étant rencontrés lors de la levée de l'option par les bénéficiaires, la vente était parfaite.

14. Le moyen n'est donc pas fondé.

- 3e Civ., 20 octobre 2021, pourvoi n° 20-18.514, publié :

Vu l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 :

12. Selon ce texte, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

13. Il a été jugé 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 (3e Civ., 23 juin 2021, pourvoi n° 20-17.554, en cours de publication).

14. Pour rejeter la demande de M. Z..., l'arrêt retient que la rétractation de la société ESBTP, intervenue avant la levée de l'option par les bénéficiaires de la promesse, a fait obstacle à la réalisation de la revente du premier ensemble de parcelles, à défaut d'échange de consentements entre le promettant et le bénéficiaire.

15. En statuant ainsi, alors qu'elle avait retenu le caractère ferme et définitif de l'engagement du promettant et relevé que la promesse ne prévoyait aucun délai pour lever l'option d'achat, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

On remarquera que la motivation enrichie du revirement du 23 juin 2021 ne fait nullement référence à la réforme du droit des obligations, tandis que d'autres arrêts, sans faire une application rétroactive d'une loi nouvelle proscrite par le droit commun de l'application dans le temps de la loi nouvelle (article 2 du code civil) ou par les règles

spéciales d'entrée en vigueur propres au texte nouveau, ont néanmoins fait référence à l'évolution législative pour motiver leur revirement (ex : Com., 24 mars 2021, pourvoi n° 19-14.307, publié ; 1^{re} Civ., 20 avril 2022, pourvoi n° 20-22.866, publié), et ce notamment à propos de la réforme du droit des obligations (Ch. Mixte., 24 février 2017, pourvoi n° 15-20.411, Bull. N° 1 ; 1^{re} Civ., 20 septembre 2017, pourvoi n° 16-12.906, Bull. N° 195 ; Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-20.103, Bull. N° 148)¹.

La référence à une loi nouvelle non applicable aux faits de l'espèce, dans la motivation enrichie d'un revirement de jurisprudence, est défendue par certains auteurs qui rappellent qu'il s'agit non pas d'appliquer rétroactivement la loi nouvelle mais de faire application du principe selon lequel la sécurité juridique et le principe de prééminence du droit invoqués sur le fondement du droit à un procès équitable prévu par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence immuable dont l'évolution relève de l'office du juge dans l'application du droit (Soc., 22 septembre 2010, pourvoi n° 09-40.968, Bull. N° 191 ; 2^e Civ., 8 juillet 2004, pourvoi n° 03-14.717, Bull. N°361 ; 3^e Civ., 2 octobre 2002, pourvoi n° 01-02.073, Bull. N° 200 ; 1^{re} Civ., 21 mars 2000, pourvoi n° 98-11.982, Bull. N° 97).

Voir notamment sur ce point *Promesse unilatérale de vente - Promesse unilatérale de vente : un revirement nébuleux*, Nicolas Molfessis, La Semaine Juridique Edition Générale n° 47, 22 Novembre 2021, 1226 :

« La Cour de cassation aurait dû expliquer les raisons pour lesquelles elle pouvait, sans porter atteinte à la sécurité juridique, abandonner une solution qui prévalait lorsque les parties ont conclu leur promesse. Le revirement vient en effet s'appliquer, par hypothèse, aux promesses antérieures.

C'était alors l'occasion d'exposer que l'on n'est pas, ici, en présence d'un conflit de lois dans le temps. Dans le cas contraire, la Cour de cassation aurait en effet dû laisser survivre la disposition légale applicable à la date de la conclusion de la promesse de vente, et donc ne pas revirer. C'est la démarche qu'elle avait suivie en 2018, au prix d'une fiction consistant à rattacher sa solution prétorienne aux anciens articles 1101 et 1134 du Code civil - lesquels ont alors joué le rôle de la « la loi ancienne » survivant au droit nouveau. L'arrêt du 23 juin 2021 rompt heureusement avec une telle fiction.

C'était aussi l'occasion d'expliquer que l'abandon d'une solution prétorienne peut avoir un effet rétroactif sans qu'il n'y ait nécessairement d'atteinte à la sécurité juridique. S'il n'existe pas de droit acquis à une jurisprudence figée, le promettant qui se rétracte n'aurait-il pu, en effet, faire valoir qu'il s'était engagé dans le contrat de promesse sur la foi des solutions existant alors, voire que lorsqu'il s'est rétracté, la jurisprudence applicable se résumait à une condamnation à des dommages-intérêts ? Certains, en doctrine, l'avaient d'ailleurs prétendu. Mais l'argument suppose que le promettant ait légitimement pu compter sur la permanence de la solution applicable. Or, en se rétractant, il viole son engagement. Aussi ne saurait-il revendiquer une sorte de droit acquis à ce que sa rétractation, illicite, ne l'expose qu'à des dommages-intérêts. Rien ne permet à un contractant d'être à l'abri de l'exécution de son engagement. À quoi on ajoutera qu'il n'existe,

¹ Sur cette question, voir notamment *Droit transitoire et ordonnance du 10 février 2016 : la loi nouvelle non encore applicable considérée comme du droit souple* – Hugo Barbier – RTD civ. 2017. 837.

en matière civile, aucun principe de non-rétroactivité de la jurisprudence nouvelle plus sévère – à supposer que soit plus sévère une solution qui empêche la rétractation de produire effet. »

Ce revirement, qui était attendu par une large partie de la doctrine, a été diversement apprécié par les auteurs (*La jurisprudence « Consorts Cruz » est morte, vive la clause « Consorts Cruz » !*, Hugo Barbier, RTD civ. 2021. 630 ; *Non bis repetita... Revirement sur la rétractation du débiteur d'une promesse unilatérale de vente*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 27, 9 Juillet 2021, 1252, Philippe Pierre), notamment en droit des sociétés (*L'efficacité des pactes d'actionnaires après le revirement de la troisième chambre civile de la Cour de cassation*, Gilles Pillet, Rev. sociétés 2022. 141).

Pour une critique de la rédaction retenue, voir *Promesse unilatérale de vente - Promesse unilatérale de vente : un revirement nébuleux*, Nicolas Molfessis La Semaine Juridique Edition Générale n° 47, 22 Novembre 2021, 1226.

On relèvera enfin que l'arrêt 3e Civ., 23 juin 2021, pourvoi n° 20-17.554, publié portait spécifiquement sur une hypothèse comparable à celle de la présente espèce : la rétractation par le promettant avait eu lieu avant que le délai laissé pour opter commence à courir.

Il a été observé par certains auteurs que, pris à la lettre, le nouvel article 1124 ne pourrait trouver application dans une telle hypothèse : « La révocation de la promesse **pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter** n'empêche pas la formation du contrat promis. »

Ainsi, il a pu être relevé qu' « Une interprétation a contrario du texte invite à penser qu'en dehors de la période laissée au bénéficiaire pour opter, la sanction de la révocation n'est pas la formation du contrat promis. On peut imaginer que lorsque la révocation de la promesse intervient en dehors de la fenêtre d'option et par hypothèse avant le début de celle-ci, elle ne peut avoir pour effet la formation puis l'exécution du contrat sur le fondement de l'article 1124 du Code civil. Il faudra alors se tourner vers le droit commun des contrats. » (*Clair-obscur sur la sanction de la révocation de la promesse unilatérale de contrat Le nouvel article 1124 du Code civil*, JCP N. 2019, n°13, 1153; G. Delavaquerie).

De même, le professeur Mekki (*Réforme des contrats et des obligations : la promesse unilatérale de contrat - Aperçu rapide*, JCPN, n° 40, 7 Octobre 2016, act. 1071) s'interroge de la façon suivante : « à bien lire la formule de l'alinéa 2, la formation du contrat est imposée au promettant lorsque la révocation intervient « pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ». Il faut donc croire que s'il existe une condition suspensive qui décale dans le temps le point de départ du délai pour opter, comme cela est fréquent en pratique, la révocation alors que la condition est pendante ne permettrait pas au bénéficiaire d'obtenir l'exécution forcée mais l'obligerait à se contenter de simples dommages et intérêts car la révocation ne serait pas intervenue, à proprement parler, « pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter » ? »

Les professeurs Deshayes, Genicon et Laithier soutiennent quant à eux dans leur commentaire article par article de la réforme (Lexisnexis, 2^e éd., p. 185) qu'« il ne faudrait pas se laisser tenter par une dangereuse interprétation a contrario de la formule légale, qui conduirait à considérer que la formation forcée du contrat est exclue si la révocation a lieu non pas une fois le délai d'option expiré mais *avant* que ce délai d'option ne se mette à courir. Le cas se présente fréquemment en pratique, en matière de cession de droits sociaux : on assortit souvent la promesse unilatérale d'un terme suspensif afin d'accorder une « fenêtre d'option ». La

promesse, pourtant d'ores et déjà définitivement conclue, « n'entrera en vigueur » qu'à un moment ultérieur (par ex : promesse unilatérale de cession conclue le 1^{er} janvier qui prévoit que le bénéficiaire ne pourra opter pour l'achat qu'entre le 1^{er} juillet et le 30 septembre suivants). Si le promettant révoque sa promesse avant cette date d'entrée en vigueur (avant le 1^{er} juillet), la révocation n'a certes pas lieu, littéralement « pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter » comme l'énonce le texte. Il serait pourtant tout à fait contraire à son esprit d'en déduire l'exclusion de la formation du contrat en ce cas, si le bénéficiaire lève ensuite l'option. D'autre part, l'ordonnance entend tout aussi sûrement sanctionner de la même façon tous les cas dans lesquels le promettant a bafoué le droit d'option du bénéficiaire, précisément en préservant totalement, c'est-à-dire en nature, ce droit d'option. Et il ne fait aucun doute que l'on est en présence d'une telle hypothèse quand la révocation a eu lieu avant même que la fenêtre d'option ne s'ouvre. »

Et l'avocat général Brun indiquait dans son avis dans l'affaire 3e Civ., 23 juin 2021, pourvoi n° 20-17.554, publié que « le législateur a cru devoir limiter la solution nouvelle à la rétractation intervenue “pendant le temps laissé au bénéficiaire pour lever l'option“ » et que « De cette formulation, on se gardera de déduire une intention délibérée d'exclure les situations comme celles de l'espèce du champ de la règle nouvelle (on chercherait en vain une justification de réserver l'irrévocabilité à la seule durée de l'option, la teneur de l'engagement du promettant ne différant pas pour la période antérieure, lorsque comme en l'espèce l'option ne peut être levée qu'à compter du décès du précédent propriétaire), mais simplement la non-prise en compte de ce cas de figure par le législateur. »

La possibilité d'appliquer au cas d'espèce un éventuel revirement de jurisprudence de la chambre commerciale, au regard des exigences de la CEDH

Comme y invite le mémoire en défense, à supposer que la chambre envisage de s'inspirer du revirement de jurisprudence de la 3^e chambre civile, il conviendra enfin de s'interroger sur la possibilité d'appliquer à une instance en cours le revirement de jurisprudence, au regard des exigences du procès équitable consacré par l'article 6§1 de la CEDH et du droit au respect des biens consacré par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel de la CEDH.

Parmi les arrêts de la CEDH cités par le mémoire en défense, l'arrêt CEDH, Legrand c/ France, n° 26 mai 2011, no 23228/08 synthétise la jurisprudence de la Cour EDH sur les revirements de jurisprudence au regard des exigences de la convention relatives au droit au procès équitable et au droit au respect des biens :

« 33. La Cour rappelle que **l'un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit, à la lumière de laquelle s'interprète le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1, est le principe de la sécurité des rapports juridiques.** Ce principe implique, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause (Brumarescu c. Roumanie [GC], no 28342/95, § 61, CEDH 1999-VII).

34. De plus, l'accessibilité, la clarté et la prévisibilité des dispositions légales et de la jurisprudence assurent l'effectivité du droit d'accès à un tribunal, s'agissant notamment des règles de forme, de délais de recours et de prescription (De Geouffre de la Pradelle c. France, 16 décembre 1992, § 33, série A no 253-B, Bellet c. France, 4 décembre 1995, § 37, série A no 333-B, et Brumarescu, précité, § 65).

35. La Cour a par ailleurs jugé, dans l'arrêt Marckx c. Belgique (13 juin 1979, § 58, série A no 31), que le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispensait l'Etat belge de remettre en cause les actes ou les situations antérieures au prononcé de l'arrêt de la Cour, mais il s'agissait là d'un obiter dictum en réponse à l'intérêt qu'avait manifesté le Gouvernement belge à connaître la portée dans le temps de l'arrêt de la Cour dans cette affaire (Unédic c. France, no 20153/04, § 73, 18 décembre 2008).

36. Pour autant, la Cour a également estimé que **les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante** (Unédic, précité, § 71). Dans cette affaire, elle a ainsi jugé, s'agissant d'un revirement qui concernait l'application d'une règle de fond, qu'aucune entrave n'avait été apportée à l'un des droits garantis par l'article 6 (Unédic, précité, §§ 75 et 78).

37. Elle rappelle à cet égard qu'**une évolution de la jurisprudence n'est pas en soi contraire à une bonne administration de la justice, dès lors que l'absence d'une approche dynamique et évolutive empêcherait tout changement ou amélioration** (Atanasovski c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine », no 36815/03, § 38, 14 janvier 2010).

38. C'est ainsi que dans l'arrêt Marckx, la Cour s'est fondée sur deux principes généraux de droit rappelés par la Cour de Justice des Communautés européennes : « les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin », mais « on ne saurait (...) aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé » (précité, § 58).

39. **En l'espèce, la Cour note que les requérants ne pouvaient pas se prévaloir d'un droit définitivement acquis, dès lors que l'arrêt de la cour d'appel de Rouen qui avait condamné leur adversaire à les indemniser était, en tout état de cause, susceptible de recours selon les formes et délais prévus par le droit interne.**

40. **C'est d'ailleurs ce recours qu'a exercé l'adversaire des requérants, comme il en avait légalement la possibilité, à la suite d'un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation, intervenu dans un autre litige et dans un sens qui lui était favorable. Or le nouvel état du droit introduit par ce revirement, intervenu en assemblée plénière, formation la plus solennelle de la Cour de cassation, à la suite de divergences apparues dès 2004 entre plusieurs chambres de la juridiction (voir « le droit interne pertinent » ci-dessus), était parfaitement connu de toutes les parties lorsqu'il a exercé son recours (voir, mutatis mutandis, Unédic, précité, § 75). Dès lors, aux yeux de la Cour, il n'existait aucune incertitude sur l'état du droit lorsque la Cour de cassation a statué (Unédic, précité, § 78).**

41. **Quant à l'incidence de la solution retenue par la Cour de cassation, si la Cour prend en considération les impératifs, avancés par le Gouvernement, de bonne administration de la justice, de sécurité juridique et de loyauté procédurale, elle n'entend pas se prononcer sur l'opportunité de ce choix, lequel relève de l'application du droit interne. Elle note, en tout état de cause, que l'arrêt de la Cour de cassation n'a pas eu pour effet de priver, même rétroactivement, les requérants de leur droit d'accès à un tribunal.** Il n'a pas remis en cause leur saisine initiale du juge pénal, retenant uniquement qu'ils auraient dû soumettre à celui-ci l'ensemble des moyens tendant à l'indemnisation de leurs préjudices. De ce point de vue, leur désistement d'appel du jugement du tribunal correctionnel pour saisir, ensuite, le juge civil sur un autre fondement, relève d'un choix procédural personnel, dont il appartenait au premier chef aux juges internes d'apprécier la portée au regard des impératifs précités.

42. La Cour déduit de ce qui précède que les requérants n'ont subi aucune atteinte à leur droit à un procès équitable, s'agissant notamment de leur droit d'accès à un tribunal.

43. Il s'ensuit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

[...]

48. **La Cour observe que le grief soulevé par les requérants sous l'angle de l'article 1 du Protocole no 1 se confond dans une très large mesure avec celui tiré de l'article 6 de la Convention. A cet égard, elle estime que les requérants, qui ne disposaient pas en l'espèce d'une créance exigible, dans la mesure où l'arrêt de la cour d'appel n'avait pas acquis de caractère irrévocable (voir paragraphe 39 ci-dessus), n'avaient pas davantage une « espérance légitime » d'être indemnisés. En effet, la Cour observe qu'en l'espèce, il y avait controverse sur la façon dont le droit interne devait être interprété et appliqué, et que les arguments développés par les requérants à cet égard ont en définitive été rejetés par les juridictions nationales (Kopecký c. Slovaquie [GC], no 44912/98, § 50, CEDH 2004-IX, et Anheuser-Busch Inc. c. Portugal [GC], no 73049/01, § 65, CEDH 2007-...).**

49. Dans ces conditions, les requérants ne pouvaient se prévaloir d'un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole no 1. »

Voir aussi dans le même sens [CEDH, Unédic c. France, no 20153/04, § 73, 18 décembre 2008](#)

« 74. La Cour considère cependant que **les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante.**

75. En l'espèce, la Cour estime que la situation de M.H. n'était pas définitivement réglée, même si celui-ci avait accepté le montant de la garantie en juin 1998. La situation de M.H. n'est pas comparable à celle de l'affaire Brumarescu précitée, où un jugement définitif réglait une situation donnée et en dépit de cela, le procureur général avait la faculté d'attaquer devant la cour suprême un arrêt passé en force de chose jugée. Le versement par l'AGS des avances ne pouvait, en toute hypothèse et indépendamment du revirement de jurisprudence, priver M.H de son droit de saisir le conseil des prud'hommes pour contester le montant des sommes qui lui avaient été accordées. M.H a pu exercer ce droit après l'intervention du revirement de jurisprudence, dès lors que la procédure collective n'était pas close. **Le nouvel état du droit introduit par le revirement du 15 décembre 1998, antérieur à la naissance du litige opposant M.H à l'Unédic quant à l'obtention du solde de sa créance salariale, était parfaitement connu des deux parties.** M.H n'a fait que saisir les juridictions, comme il en avait la possibilité, à la suite d'un arrêt qui lui était favorable et qui lui permettait de revendiquer un complément d'indemnité de licenciement. **Si la requérante perçoit comme une injustice le fait que les tribunaux ont donné gain de cause à M.H, cette injustice est inhérente à tout changement de solution juridique. L'application de la solution retenue dans l'arrêt du 15 décembre 1998 au cas d'espèce a eu pour seule conséquence d'augmenter le montant de la garantie que l'A.G.S. avait dû avancer ; elle n'a pas remis en cause des droits qui auraient été définitivement acquis par celle-ci** (Augusto c. France, no 71665/01, CEDH 2007-... (extraits)).

76. Quant aux conséquences financières qu'aurait emportées la décision de la Cour de cassation, elles sont par la force des choses limitées au cas de la requérante.

77. En outre, la Cour relève que l'avocat général de la Cour de cassation a examiné, dans le cadre de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 15 décembre 1998, l'équilibre des intérêts en jeu et estimé que les conséquences financières du revirement de jurisprudence seraient modérées. Plus précisément, il a souligné que la jurisprudence antérieure pouvait conduire à de graves inégalités entre salariés de la même entreprise en redressement judiciaire et qu'un renversement de jurisprudence, qui aurait nécessairement un effet rétroactif, provoquerait certes un alourdissement de la charge de l'AGS, mais qui serait contenu dans un cadre restreint.

78. En conclusion, la Cour constate que la requérante n'a subi aucune entrave à l'un des droits garantis par l'article 6, que ce soit l'accès à un tribunal, la certitude quant à l'état du droit au moment où les juridictions internes ont statué, ou le caractère équitable de la procédure. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

En l'espèce, pour rejeter la demande de réalisation forcée de la vente, après avoir constaté que la promesse prévoyait que la levée d'option de la société GTD devait être effectuée dans les six mois à compter de la tenue de l'assemblée générale approuvant les comptes clos au 31 décembre 2015, que le 8 mars 2016, la société MG avait notifié à la société GTD sa rétractation de la promesse unilatérale et que le 28 juin 2016 et la société GTD avait notifié à la société MG son intention de lever l'option, l'arrêt relève que le contrat litigieux a été conclu avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 et en déduit que, conformément au droit positif antérieur à la réforme, la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse unilatérale postérieurement à la rétractation du promettant exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer.

Le MA soutient que :

- la chambre commerciale doit s'aligner sur le revirement de jurisprudence opéré par la 3^e chambre civile : la décision 3^e Civ., 23 juin 2021, pourvoi n° 20-17.554, publié ne constitue pas une application du nouvel article 1124 mais un revirement très attendu par la doctrine et conforme à des textes cardinaux du droit des obligations (ancien article 1134 du code civil) et des procédures civiles d'exécution (article L. 111-1 du code des procédures civiles d'exécution). Cette sanction de l'exécution forcée est en outre justifiée par la hiérarchie entre l'offre, moins engageante et pour laquelle l'exécution forcée est exclue et la promesse, plus engageante et pour laquelle l'exécution forcée est possible (nouvel article 1124) ;
- ni la jurisprudence ni le législateur n'ont distingué selon que la rétractation intervient avant ou après le début de l'écoulement du temps imparti par la promesse pour lever l'option : « le promettant donne un consentement actuel et irrévocable à un contrat dont

un contrat dont la réalisation dépend de la seule volonté du bénéficiaire » (Terré, Simler, Lequette, Les obligations Précis Dalloz, 10^e éd.). La rétractation emporte donc inexécution de son engagement dès lors qu'elle prétend faire obstacle à l'exercice par le bénéficiaire de son droit contractuel de lever l'option en cours ou à venir. D'ailleurs dans l'arrêt 3^e Civ., 23 juin 2021, pourvoi n° 20-17.554, publié la rétractation était intervenue avant la date du décès du précédent propriétaire de l'immeuble objet de la vente, qui déclenchait le cours du délai de levée de l'option.

Le MD réplique que :

- la chambre commerciale ne devrait pas s'aligner sur le revirement de la 3^e chambre civile :

- la jurisprudence antérieure était, en dépit de certaines critiques, parfaitement justifiée en droit : elle était conforme à la nature de l'obligation consentie par le promettant (une obligation de faire au sens de l'ancien article 1142). En outre elle était respectueuse de la volonté des parties qui, dans la plupart des cas, ne perçoivent pas la promesse comme ayant la même force obligatoire que le contrat projeté ;

- le nouvel article 1124 n'est pas applicable au contrat litigieux, antérieur à l'entrée en vigueur de la réforme (article 9 de l'ordonnance et article 2 du code civil), conformément au principe de sécurité juridique ;

- le revirement de la 3^e chambre est intervenu sans aménager dans le temps ses effets, et donc sans considération véritable pour la sécurité juridique des parties, tout particulièrement dans le contexte de la vie des affaires où la réalisation forcée d'une cession est susceptible d'entraîner pour le cédant les conséquences économiques, financières, stratégiques et humaines les plus considérables ;

- si nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée, la décision de priver d'effet la rétractation d'une promesse unilatérale de contrat conclue avant le 1^{er} octobre 2016 reviendrait en réalité, sous couvert d'un revirement de jurisprudence, à appliquer la solution issue du nouvel article 1124 à un contrat conclu avant le 1^{er} octobre 2016, heurtant frontalement le principe général suivant lequel « la loi ne dispose que pour l'avenir » ainsi que la volonté même du législateur, expressément réaffirmée à l'occasion de la loi de ratification du 20 avril 2018, suivant laquelle la loi ancienne devait continuer à régir les contrats anciens « y compris dans leurs effets légaux » : le pouvoir du juge d'ordonner l'exécution forcée en nature d'une obligation constituant l'un de ces effets légaux.

- à supposer que la chambre commerciale confirme le revirement de la 3^e chambre, il ne saurait pour autant s'appliquer de façon immédiate dans le présent litige sans porter une atteinte injustifiée et disproportionnée au principe de sécurité juridique ainsi qu'au droit à un procès équitable et au droit au respect des biens, tels que garantis par l'article 6 §1 de la Convention EDH et par l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à cette même convention :

- en l'espèce, l'application immédiate de ce renversement radical et complet du droit antérieur au présent litige, s'agissant d'une rétractation intervenue bien avant ce revirement, et dont les effets ont été confirmés par les juges tant en première instance qu'en appel, constituerait une violation flagrante de l'article 6§1 : la réalisation forcée de la cession litigieuse par la société MG à la société GTM entraînerait la perte, pour la société MG, de la propriété et du contrôle de sociétés exploitant une part essentielle de son activité, la société C2G et les filiales objets du protocole du 21 juin 2012 représentant la quasi-totalité de son activité événementielle et près de la moitié de l'activité globale du groupe Morgane ;

- l'application immédiate du revirement porterait une atteinte injustifiée et disproportionnée au droit au respect des biens puisqu'elle priverait la société MG de la

propriété de l'un de ses principaux actifs, ainsi que de l'espérance légitime de continuer à pouvoir exploiter cet actif en accord avec une stratégie de développement économique conçue et mise en oeuvre par le groupe Morgane depuis plus de six ans.

- en tout état de cause, la rétractation de la promesse unilatérale ne saurait être sanctionnée par la conclusion forcée du contrat promis dès lors qu'elle intervient avant même que le délai d'option convenu ait commencé à s'écouler : la lecture *a contrario* du nouvel article 1124 implique que la rétractation d'une promesse peut empêcher la formation du contrat promis lorsqu'elle intervient avant la fenêtre laissée au bénéficiaire pour opter, c'est-à-dire lorsqu'elle précède l'ouverture du délai d'option offert au bénéficiaire.

Il sera relevé que le MD considère (p.14, dernier paragraphe) que l'arrêt Com., 27 janvier 2021, pourvoi n° 18-22.492 a récemment réaffirmé la solution de la jurisprudence Consorts Cruz. Toutefois, cet arrêt ne répond qu'à la question de savoir si la promesse unilatérale de vente qui ne comporte pas de délai pour lever l'option, doit être déclarée caduque au-delà d'un délai raisonnable, et non pas à la question du présent litige, qui est celle de la sanction de la rétractation de la promesse unilatérale avant l'expiration du délai d'option laissé au bénéficiaire.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, il appartiendra à la chambre d'apprécier le bien fondé du moyen.