



Par Henri-Louis Delsol,  
avocat associé,  
Delsol Avocats

# Des difficultés liées à la consécration du pacte de préférence

**L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats consacre l'existence des pactes de préférence, qu'elle fait entrer dans le Code civil à l'article 1123. L'efficacité des pactes de préférence en sort renforcée, bien que ses modalités d'application risquent de générer des situations contentieuses.**

**S**ignalons que l'article 1123 du Code civil entrera en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016, à l'exception de ses alinéas 3 et 4 qui sont des mesures transitoires d'application immédiate.

Le premier alinéa de l'article 1123 définit le pacte de préférence comme «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». Cette définition large du pacte de préférence permet aux parties de continuer à en déterminer le contenu.

Le deuxième alinéa de l'article 1123 énonce les sanctions de la violation du pacte de préférence en disant que «lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation

d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu».

Ainsi, au-delà de l'octroi de dommages et intérêts au bénéficiaire en réparation de son préjudice, l'ordonnance consacre le renforcement de l'efficacité du pacte de préférence issu de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>1</sup> sur le choix pour

le bénéficiaire d'agir en nullité ou de demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu en violation du pacte. Pour cela, le bénéficiaire devra rapporter la preuve d'une part que le tiers connaissait l'existence du pacte et, d'autre part, que le tiers connaissait l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Cette charge de la preuve qui pèse sur le bénéficiaire s'est révélée en pratique presque impossible à rapporter, lui valant la qualification par la doctrine de «probatio diabolica».

**L'article 1123 définit le pacte de préférence comme «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».**

L'ordonnance tente de remédier partiellement à cette difficulté en introduisant un troisième alinéa à l'article 1123 qui confère au tiers présumant l'existence d'un pacte de préférence la faculté de «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».

Ainsi, si le bénéficiaire répond qu'il entend se prévaloir du pacte, cette action interrogatoire lui permettra de rapporter aisément la preuve que le tiers contractant avait connaissance

de son intention de s'en prévaloir. A l'inverse, si le bénéficiaire indique qu'il n'entend pas se prévaloir du pacte, le tiers pourrait alors considérer qu'il peut contracter avec le promettant sans risquer la nullité du contrat ou sa substitution par le bénéficiaire.

Faudrait-il alors conseiller au bénéficiaire de ne pas répondre à la demande du tiers, afin d'éviter de ménager une preuve à ce dernier ? La réponse à cette dernière question est négative

complexes. Ainsi par exemple :

- du bénéficiaire du pacte de préférence qui ne souhaiterait pas particulièrement répondre à l'action interrogatoire d'un tiers lorsque le pacte de préférence comporte une clause de confidentialité, et encore moins lorsque l'application de la clause de préférence est susceptible d'interprétations divergentes ;
- de l'actionnaire potentiellement vendeur qui pourrait ne pas souhaiter qu'un tiers adresse une action interrogatoire à ses co-

actionnaires avant même d'avoir trouvé un accord définitif avec le tiers acheteur. Le texte nous semble presque permettre à des tiers mal intentionnés de se servir du nouvel article 1123 pour informer des actionnaires de la possible mise en vente de titres par

### **Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi.**

puisque le quatrième et dernier alinéa de l'article 1123 dispose que «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».

Bien que l'intention de renforcer l'efficacité des pactes de préférence nous paraisse louable, il nous semble toutefois que les alinéas 3 et 4 du nouvel article 1123 du Code civil souffrent d'un certain nombre d'insuffisances.

La difficulté principale consiste à déterminer si ce nouveau régime s'applique aux clauses dites de préemption, que la Cour de cassation et les praticiens du droit des sociétés ont de plus en plus tendance à assimiler aux clauses de préférence. En cas de réponse positive, l'application des alinéas 3 et 4 du nouvel article 1123 du Code civil pourrait in fine générer des situations

leur co-actionnaire, ce qui peut naturellement être déstabilisant pour une entreprise et ses actionnaires ;

- du bénéficiaire du pacte de préférence qui choisirait, s'il décide de répondre au tiers pour lui faire part de son absence d'intention d'exercer la clause de préférence, d'émettre des conditions ou réserves, ce qui est bien légitime pour un actionnaire qui souhaitera s'engager le moins possible à l'égard d'un tiers. Il y a fort à parier que le nouvel article 1123 du Code civil génère des situations contentieuses, à supposer toutefois que les praticiens décident d'y recourir - toute renonciation contractuelle ne pouvant toutefois être opposable aux tiers. ■

---

1. Cass. ch. mixte., 26 mai 2006, n° 03-19.376.