

PERSPECTIVES COMPARATIVES SUR
L'ACCORD DE PREFERENCE ET SUR
L'ACTION INTERROGATIVE EN DROIT CIVIL
FRANÇAIS ET ROUMAIN

DOI: [10.24193/SUBBIur.64\(2019\).4.3](https://doi.org/10.24193/SUBBIur.64(2019).4.3)
Published Online: 2019-12-31

Juanita Goicovici*

Résumé : L'article est concentré autour de l'idée selon laquelle les divergences conceptuelles notables entre la vision du législateur français et celle du législateur roumain en matière d'effets de l'accord de préférence, ainsi que la consécration récente en droit français du droit d'action interrogatoire dont le titulaire est l'acheteur potentiel font glisser la discussion vers la question d'efficacité juridique d'un tel mécanisme. En droit français des contrats, l'accord de préférence ou le pacte de préférence est un type d'avant-contrat selon lequel une personne s'engage envers une autre qui accepte d'être le titulaire du droit potestatif d'option, à ne pas conclure avec un tiers un contrat déterminé avant de lui en avoir proposé la conclusion aux mêmes conditions. La définition peut être retenue pour le droit civil roumain de la vente aussi ; quand même, les divergences s'avèrent importantes du point de vue des sanctions applicables pour la violation du pacte, ainsi que du point de vue de la récente consécration en droit français de l'action interrogative, inconnue en droit roumain des contrats civils.

Les similitudes caractérisant les deux systèmes de droit civil visent essentiellement la nature juridique de l'obligation du promettant, qui ne consiste pas en une obligation de faire ou d'adresser une offre de contracter au bénéficiaire, mais

* Lectrice, docteur en droit des contrats, Departement de Droit privé de l'Université Babeş-Bolyai de Cluj-Napoca. E-mail: juanitag@law.ubbcluj.ro.

consiste en une obligation de proposer en priorité au bénéficiaire du pacte, l'offre (de vente, de bail, d'agence etc.) s'il venait à en faire une. L'analyse proposée dans les paragraphes suivants est focalisée sur les différences substantielles entre les deux mécanismes, celui de l'action interrogative en droit civil français après la réforme de 2016 et, d'autre côté, la solution proposée par le législateur roumain, de consacrer l'existence d'une condition suspensive affectant la vente finale. En droit roumain, dans l'intervalle *pendente conditionae*, le vendeur promettant du pacte est le propriétaire du bien sous la condition résolutoire d'exercice du droit d'option du bénéficiaire du pacte, bien que l'acheteur est considéré d'avoir ses droits affectés par la condition suspensive du non-exercice du droit d'option du bénéficiaire.

Mots-clés : accord de préférence, action interrogatoire, substitution de l'acheteur, droit testamentaire, droit d'option.

COMPARATIVE PERSPECTIVES ON THE FIRST REFUSAL AGREEMENT AND ON THE INTEROGATIVE COMPLAINT UNDER THE FRENCH AND ROUMANIAN LAW

Abstract: This article tries to dismantle the intricacies related to the notable conceptual differences between the mechanism consecrated by the French legislator in the field of the agreements generating the right of first refusal and the conception of the Romanian legislator, as well as the recent insertion under the French Contracts Law of the new category of interrogative actions at the introduction of which the potential buyer would be entitled against the beneficiary of the right of first refusal. As it will be underlined, under the French regulation, the agreement on the right of first refusal represents a type of pre-contractual arrangements implying a right to buy before or ahead of another; thus, the contract gives the prospective purchaser the right to buy upon specified terms, should the seller decide to sell. As it will be scrutinised in the following sections, although this right resembles an option, there are at least two legal grounds on which the two types of contracts clearly may be distinguished. First, unlike an option agreement, the right of first refusal does not give the pre-emption beneficiary the power to compel an unwilling owner to sell. In contrast, secondly, an option agreement requires, both under the French and the Romanian law, a stipulated time to accept the offer before its caducity interferes.

Despite the apparent differences between these two types of contracts, practitioners have had difficulty in drawing the distinction. This article will further explore that distinction in the context of the sale of immovable property, in the

context of the introduction of the category of interrogational actions under the French law. First, the inapplicability of the rules pertaining to options to a right of first refusal will be analysed, underlying that the Romanian regulation on the right of first refusal is centred on the mechanism of a suspending conditional provision marking the contractual effects, either implied or expressed in contracts of sale concluded in the *pendente conditionae* period. Second, some characteristics of the right of first refusal will be considered under the French and the Romanian regulation. Finally, in a comparative key, the legal classifying of the remedies for the violation of the right of first refusal will be examined.

Keywords: first refusal agreement, interrogative action, substitution of the buyer, empowering right, opting rights.

1 Observations introductives

Enveloppée dans un voile de méfiance, en d'épité de son importance pratique indéniable, le mécanisme de l'accord de préférence s'avère incitant quant aux aspects divergents ou, au contraire, quant aux similitudes que la perspective comparative peut révéler. On a choisi pour notre incursion comparatiste deux systèmes de droit civil dont les racines romanistes sont communes : le droit civil français et le droit civil roumain, bien que le parcours législatif du dernier n'a pas la sonorité ou l'envergure ambitieuse du premier. En droit des contrats français, l'accord de préférence ou le pacte de préférence est un type d'avant-contrat selon lequel une personne s'engage envers une autre qui accepte d'être le titulaire du droit potestatif d'option, à ne pas conclure avec un tiers un contrat déterminé avant de lui en avoir proposé la conclusion aux mêmes conditions. La définition peut être retenue pour le droit civil roumain de la vente aussi ; quand même, les divergences s'avèrent importantes du point de vue des sanctions applicables pour la violation du pacte, ainsi que du point de vue de la récente consécration en

droit français de l'action interrogative, inconnue en droit roumain des contrats civils.

Les similitudes caractérisant les deux systèmes de droit civil visent essentiellement la nature juridique de l'obligation du promettant, qui ne consiste pas en une obligation de faire ou d'adresser une offre de contracter au bénéficiaire, mais consiste en une obligation de proposer en priorité au bénéficiaire du pacte, l'offre (de vente, de bail, d'agence etc.) s'il venait à en faire une. Mentionnons qu'en revanche, le bénéficiaire d'un accord de préférence en droit privé roumain, ainsi qu'en droit civil français, n'est pas tenu d'accepter offre reçue et peut donc la refuser librement. Soulignons aussi qu'il bénéficie d'un droit potestatif, lui permettant d'être seul maître de la formation du contrat de vente ou de bail projeté. Il peut décider de lever l'option, comme de ne pas la lever, par conséquent c'est seulement dans ce dernier cas que le contrat ne sera pas progressivement formé. On doit noter que, dans les deux systèmes de droit civil qui font l'objet de la comparaison, l'accord de préférence est cessible sauf stipulation contraire dans le contrat ou sauf d'être caractérisé par la présence d'un élément *intuitu personae* subjectif.

Mentionnons que, dans les deux systèmes de droit de contrats, le non-respect du pacte de préférence par le débiteur peut entraîner des demandes de dommages et intérêts, mais les divergences installent, car on peut envisager le mécanisme de la substitution du bénéficiaire du pacte en droits de l'acheteur. On doit noter aussi que le législateur roumain, en opposition évidente au facteur décisionnel homologue français, a averti sur la présence d'une condition suspensive du non-exercice du droit d'option dans tous les contrats de vente conclus dans intervalle intérimaire par le promettant et le potentiel acheteur du bien.

Quant au régime et aux effets de l'accord de préférence, les changements induits par la réforme du droit des obligations de 2016 en droit français des contrats préparatoires de la vente finale marquent une nette évolution par comparaison aux solutions maintenues en droit civil roumain en matière de pactes de préférence. Soulignons que la réforme du droit français est caractérisée *inter alia* par l'introduction de l'action interrogative, qui figure à l'alinéa 3 de l'article 1123¹ du Code civil français, sans équivalent en droit civil roumain. Cette différence est décisive, à notre avis, car en vertu de cette action, en droit civil français le tiers à un pacte de préférence 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 prévaloir³. L'alinéa suivant de l'article cité prévoit qu'à défaut de réponse à l'expiration du délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter la nullité du contrat passé par le tiers ni sa substitution au contrat passé par ce dernier.

L'analyse proposée dans les paragraphes suivants s'enracine dans les différences substantielles entre les deux mécanismes, celui de l'action interrogative en droit civil français après la réforme de 2016 et, d'autre côté, la solution proposée par le législateur roumain², de consacrer l'existence d'une condition suspensive affectant la vente finale. En droit roumain, dans

¹ Le texte cité est lacunaire sur ce point. Notons qu'il ne fait guère de doute que la possibilité d'engager la responsabilité contractuelle du promettant est maintenue. À notre avis, la possibilité d'engager la responsabilité délictuelle du tiers acquéreur ne fait également guère de doute, mais les conditions de cette responsabilité auraient pu être utilement précisées par le texte. La situation est symétriquement caractérisable en droit civil roumain en matière de droit de préférence conventionnel. Voir Dan CHIRICA, *Tratat de drept civil. Volumul I. Vânzarea și schimbul*, deuxième édition, Hamangiu, Bucharest, 2017, p. 167.

² *Ibidem*.

intervalle *pendente conditionae*, le vendeur promettant du pacte³ est le propriétaire du bien sous la condition résolutoire de exercice du droit d'option du bénéficiaire du pacte, bien que l'acheteur est considéré d'avoir ses droits affectés⁴ par la condition suspensive du non-exercice⁵ du droit d'option du bénéficiaire⁶.

2 Aperçu critique sur le mécanisme de la condition suspensive affectant la vente finale, en droit roumain des contrats civils

On peut remarquer l'existence de trois différences notables en ce qui concerne la régulation du pacte en droit civil français et en droit roumain des contrats :

(a) L'article 1123 du Code civil français prévoit :

« 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. 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. 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

³ *Idem*, p. 168.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Idem*, p. 171.

⁶ *Idem*, p. 172.

bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat. »

(b) le législateur roumain a opté pour la régulation de l'existence d'une condition suspensive⁷ affectant toute vente convenue⁸ entre le promettant et un tiers acquéreur dans l'intervalle intérimaire⁹, ainsi que la vente sera résolue si le bénéficiaire du pacte de préférence décide d'opter¹⁰ pour l'acceptation de l'offre de vente en payant le montant du prix établi par le vendeur¹¹ ;

(c) le tiers acquéreur n'étant que le propriétaire sous la condition suspensive, il peut également bénéficier des fruits produits par le bien *pendente conditionae*, ainsi qu'entreprendre toutes les mesures de conservation du bien dans l'intervalle intérimaire.

À notre avis, la vision du législateur roumain reste critiquable quant aux sanctions applicables pour la violation du pacte de préférence, car le vendeur, étant le propriétaire sous la condition résolutoire du non-exercice du droit potestatif du bénéficiaire du pacte, peut également instituer des hypothèques, servitudes ou d'autres restrictions qui seront opposables au bénéficiaire du droit de préférence dans l'hypothèse dans laquelle celui-ci décide d'accepter l'offre de vente en payant le prix convenue entre le vendeur promettant et le tiers acquéreur sous la condition suspensive.

⁷ Voir Florin CIUTACU, Artin Sarchizian, *Pactul de opțiune și promisiunea de a contracta în noul Cod civil*, <https://www.juridice.ro/160355/pactul-de-optiune-si-promisiunea-de-a-contracta-in-noul-cod-civil.html>, publiée en 10.08.2011, consultée en 04.07.2019.

⁸ Gabriel ȚIȚA-NICOLESCU, *Convențiile precontractuale*, Revue Universul Juridic, nr. 2/2017, p. 34-56.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Idem*, p. 38.

¹¹ *Idem*, p. 39.

3 Les objectifs de l'action interrogatoire en droit civil français en matière de pactes de préférence

3.1 3.1. Les hésitations jurisprudentielles

Inconnue en droit civil roumain des contrats préparatoires, l'action interrogatoire a été introduite en droit français depuis 2016. Il est important de noter que l'article 1123 du Code civil français définit¹² ce type de contrat préparatoire comme celui par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter. Soulignons aussi que, grâce au mécanisme mentionné, le promettant s'engage à proposer en priorité à son cocontractant¹³ la conclusion d'un contrat considéré comme être la version finale de la vente ou du contrat de bail etc., dans l'éventualité où il se déciderait à contracter¹⁴.

Similairement aux droits reconnus au bénéficiaire du pacte en droit civil roumain, en termes de la version régulatrice française, le bénéficiaire du pacte ne dispose alors pas d'un droit d'option entre la répudiation tacite ou expresse, respectivement l'acceptation inconditionnelle de l'offre du vendeur, mais seulement d'un droit potestatif de priorité, d'un droit de préemption dont l'origine est conventionnelle, dans l'hypothèse mentionnée. Mentionnons aussi que dans les deux systèmes de droit civil des contrats, le

¹² Voir Yves LEQUETTE, François TERRÉ, Philippe SIMLER, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations, 12ème édition*, Dalloz, Paris, 2018, p. 291-292.

¹³ À défaut de réponse à l'expiration du délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter la nullité du contrat passé par le tiers, ni sa substitution au contrat passé par ce dernier.

¹⁴ Gabriel TIȚA-NICOLESCU, *op. cit.*, p. 36.

promettant ne s'engage pas à conclure le contrat faisant l'objet du pacte de préférence, ainsi que ni le droit français, ni les dispositions du droit civil roumain n'exigent pas que toutes les conditions du contrat final de vente, de bail etc. soient fixées, contrairement à ce qui est exigé en matière de promesse unilatérale de vente ou de bail. Mentionnons que la question de la sanction tirée de la violation du pacte de préférence a agité la doctrine et la jurisprudence française, en représentant un intérêt pratique particulier. Notamment pour les cas de vente d'immeubles, il est arrivé fréquemment que le promettant eut ignoré de l'accord de préférence antérieurement conclu et décide finalement de contracter avec un tiers. Dans un premier temps, on doit rappeler que la jurisprudence française a systématiquement refusé d'ordonner l'exécution forcée du pacte¹⁵, en ce qu'une telle exécution forcée du pacte porterait une atteinte visible à la liberté contractuelle du promettant. En ce qui concerne le droit français des contrats, en 2006 un revirement de jurisprudence s'opère en matière de pactes de préférence. Notons qu'une chambre mixte de la Cour française de cassation a décidé que 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'acquéreur¹⁶, à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a

¹⁵ Le prononcé de la nullité est subordonné à la satisfaction de deux conditions cumulatives, lesquelles ont toutes les deux été reprises par l'ordonnance du 10 février 2016 : le tiers acquéreur doit avoir eu connaissance de l'existence du pacte de préférence; le tiers acquéreur doit avoir eu connaissance de l'intention du bénéficiaire d'exercer son droit de priorité. Voir Yves LEQUETTE, François TERRÉ, Philippe SIMLER, François CHÉNEDÉ, *op. cit.*, p. 296.

¹⁶ Le bénéficiaire du pacte de préférence a un droit potestatif d'accepter ou de refuser dès lors que le promettant lui propose de conclure la vente, mais il n'est en aucun cas débiteur d'une obligation de conclure le contrat définitif.

contracté, donc au moment même de la passation de l'acté, de l'existence du pacte de préférence (i) et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir (ii).

3.2 Une paire de conditions d'admissibilité

L'action interrogatoire introduite par le législateur français à la faveur du tiers acquéreur conduit à se demander si le tiers acquéreur qui n'a pas exercé son action interrogatoire est présumé de mauvaise foi ou s'agit-il là d'une simple faculté de sorte que la charge de la preuve pèsera toujours sur le bénéficiaire du pacte ? On peut noter que la Cour française de cassation a admis la substitution du bénéficiaire du pacte de préférence dans les droits du tiers à la double condition de rapporter la preuve qu'il connaissait l'existence du pacte de préférence (i), mais aussi l'intention du bénéficiaire de faire jouer le pacte (ii). La connaissance de l'existence du pacte n'étant pas suffisante, le réclamant doit aussi porter la preuve de la connaissance par le tiers acquéreur de l'intention du bénéficiaire de faire jouer le pacte, en exerçant son droit potestatif¹⁷. En droit civil français, les dispositions introduites¹⁸ par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations sont entrées en

¹⁷ Aussi appelés contrats préparatoires, contrats provisoires ou encore contrats préalables, les avant-contrats sont des contrats ayant pour objet de négocier un contrat définitif, de préférer un éventuel contractant, de contracter ou selon le cas, de donner son consentement au contrat définitif.

¹⁸ Soulignons que le tiers qui envisage de conclure un contrat et qui présume qu'une personne pourrait bénéficier d'un droit de préférence peut l'interroger à ce sujet sur l'existence d'un pacte et, le cas échéant, son intention de s'en prévaloir. Cette action interrogatoire doit être faite par écrit, doit laisser au destinataire un délai raisonnable pour répondre et doit lui préciser que, à défaut de réponse, il ne lui sera plus possible de solliciter la substitution dans le contrat ou sa nullité. Au final, en cas d'admission, l'action interrogatoire permet au tiers de s'assurer que le contrat qu'il s'apprête à conclure ne sera pas annulé et que le bénéficiaire d'un éventuel pacte de préférence ne demandera pas à être substitué au contrat.

vigueur le 1^{er} octobre 2016. En matière de pacte de préférence, soulignons l'existence de deux apports notables de la réforme législative, qui peuvent être mentionnés :

(a) en droit français des obligations, notamment en ce qui concerne le pacte de préférence¹⁹, la réforme de 2016 est venue codifier la sanction tirée de la solution prétorienne de 2006 de la Chambre mixte de la Cassation française. Mentionnons que, dans la nouvelle formule régulatrice, l'article 1123 du Code civil français admet la substitution²⁰ du bénéficiaire du pacte dans les droits du tiers acquéreur²¹, en reprenant les mêmes deux conditions que celles posées en 2006 par la Cour française de cassation²². En vue de subroger ses droits aux ceux du tiers acquéreur²³, le bénéficiaire du pacte doit alors toujours rapporter la preuve que le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Rappelons aussi que, pour obtenir l'exécution forcée²⁴ du pacte de préférence, la preuve des deux

¹⁹ On doit le distinguer par rapport à la promesse unilatérale de contrat; selon l'article 1124 du Code civil français, dans sa version réformée suite à l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations, la promesse unilatérale de contrat peut se définir comme "*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*". Rappelons que la promesse unilatérale de contrat est le contrat par lequel une personne, le promettant, promet à une autre personne qui accepte cette promesse, le bénéficiaire, de contracter au cas où ce dernier lève l'option qui lui est consentie avant un certain délai. Par conséquent, en droit civil roumain aussi, la promesse unilatérale est un avant-contrat qui ne débouche sur un contrat définitif que si le bénéficiaire de la promesse y consent.

²⁰ Voir Gilles PILLET, *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, Institut André TUNC, Paris, 2004, p. 302.

²¹ Voir Sébastien FUCINI, *La priorité en droit privé*, Dalloz, Paris, 2019, p. 96.

²² *Ibidem*.

²³ Gilles PILLET, *op. cit.*, p. 211.

²⁴ *Ibidem*.

conditions revient au bénéficiaire du pacte, en qualité même de réclamant, par l'opposition aux conditions usuelles de la preuve en matière des actions civiles en responsabilité contractuelle ;

(b) secondement, la réforme de 2016 qui est venue codifier la sanction tirée de la solution prétorienne de 2006 de la Chambre mixte de la Cassation française a introduit un nouveau type d'action civile²⁵, une action interrogative qui figure à l'alinéa 3 de l'article 1123 du Code civil français. Notons qu'en vertu de cette nouvelle catégorie d'actions, le tiers à un pacte de préférence peut demander par écrit²⁶ (la condition de la version écrite de la demande étant expressément prévue) au bénéficiaire du pacte de confirmer dans un délai qu'il fixe par la notification et qui doit être considéré raisonnable²⁷, l'existence ou l'inexistence d'un pacte de préférence²⁸ et s'il entend s'en prévaloir de son droit potestatif²⁹. Mentionnons aussi que l'alinéa suivant de l'article cité prévoit qu'à défaut de réponse à l'expiration du délai émise par le bénéficiaire de l'accord de préférence conventionnelle, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter la nullité du contrat³⁰ de vente,

²⁵ Voir Cour de Cassation, Chambre mixte, décision du 26 mai 2006, 03-19.376, publié au bulletin virtuel <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007055468&fastReqId=1874868556&fastPos=1>, consultée en 1^{er} juin, 2019.

²⁶ L'écrit doit mentionner aussi 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

²⁷ On peut toutefois se demander si le tiers aura véritablement intérêt à exercer cette action interrogatoire, dans la mesure où, dans cette hypothèse, il sera présumé irréfragablement connaître l'existence du pacte de préférence.

²⁸ En effet, la fixation de la durée du pacte n'est pas une condition de validité de celui-ci. S'agit-il alors d'un engagement perpétuel de la part du promettant en matière de pactes de préférence ? Les engagements perpétuels étant prohibés en droit français, les règles de droit commun de résiliation des contrats à durée indéterminée s'appliquent.

²⁹ Yves LEQUETTE, François TERRE, Philippe SIMLER, François CHENEDE, *op. cit.*, p. 292.

³⁰ *Ibidem*.

de bail etc. passé par le tiers, ni sa substitution même au contrat final passé par ce dernier. À notre opinion, une certaine incertitude résulte toutefois de cette disposition finale, notamment par rapport à l'acception légale de la notion de délai raisonnable mentionné par l'article 1123 du Code civil français³¹. Considérons qu'un contentieux doctrinaire ou prétorien pourrait se former autour de ce concept de l'intervalle raisonnable et évidemment, il appartiendra à la jurisprudence de définir ce qu'il convient d'entendre par le concept de délai raisonnable en matière d'admissibilité de l'action interrogatoire.

3.3 Particularités par rapport aux conditions de la promesse de vente

En droit français, ainsi qu'en droit roumain des contrats, la promesse unilatérale de contrat oblige son signataire³² à promettre la conclusion d'un contrat³³ au bénéficiaire de cette promesse³⁴ (qu'il s'agisse d'une vente ou d'un bail, usuellement)³⁵. Notons que la promesse synallagmatique de vente³⁶

³¹ *Idem*, p. 293.

³² Sébastien FUCINI, *op. cit.*, p. 233.

³³ Néanmoins, lorsque la vente est soumise à des formalités légales particulières (par exemple, en matière de vente immobilière), la réalisation de ces formalités sont des conditions supplémentaires à remplir pour que le contrat de vente puisse réellement être conclu.

³⁴ La signature d'un compromis de vente est un engagement ferme et définitif d'acheter et de vendre un bien immobilier à un prix et des charges convenus, sous réserve de l'accomplissement de diverses conditions suspensives, notamment, que l'acquéreur obtienne un prêt. Notons que la date du transfert de propriété et de jouissance intervient, en principe, en droit civil roumain, à la signature de l'acte authentique de vente établie par le notaire https://fr.wikipedia.org/wiki/Compromis_de_vente_-_cite_note-2.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Seul le transfert de propriété est retardé au jour de l'accomplissement des formalités qui conditionnent la vente ; si l'acheteur ne veut pas se présenter le jour fixé pour la signature de la vente, le vendeur est en droit de demander que l'achat soit constaté par le juge. Notons que

est un contrat par lequel une personne s'engage à vendre un bien à une autre personne qui s'engage à l'acheter³⁷ sous certaines conditions déterminées³⁸, dans la promesse synallagmatique l'engagement étant donc réciproque³⁹. On doit également noter que la promesse synallagmatique prévoit généralement un délai pour régulariser l'acte authentique⁴⁰. En droit civil roumain, le dépassement de ce délai ne rend pas la promesse synallagmatique caduque, mais indique⁴¹ la date à partir de laquelle une des parties peut mettre l'autre promettant en demeure⁴² de régulariser la vente⁴³. Mentionnons que la promesse synallagmatique de vente peut prévoir différentes conditions suspensives⁴⁴ : l'obtention d'un prêt⁴⁵ ou l'obtention d'un permis de construire⁴⁶.

le vendeur peut ainsi contraindre l'acheteur à acheter le bien sur lequel il s'est engagé, en droit civil roumain.

³⁷ Si l'acquéreur ne veut plus acheter alors que toutes les conditions suspensives sont levées (prêt, etc.), le vendeur peut exiger de l'acquéreur le paiement d'une somme dont le montant est usuellement fixé dans la clause pénale du contrat préparatoire.

³⁸ À notre opinion, une certaine incertitude résulte toutefois de cette disposition finale, notamment par rapport à l'acception légale de la notion de délai raisonnable.

³⁹ Rappelons que la promesse unilatérale de contracter est un contrat par lequel le promettant s'engage envers le bénéficiaire à conclure un futur contrat dont les conditions sont déjà déterminées, si ce dernier le lui demande dans un délai déterminé dit le délai de levée d'option.

⁴⁰ Sébastien FUCINI, *op. cit.*, p. 237.

⁴¹ *Idem*, p. 239.

⁴² L'inexécution de l'engagement par le promettant ne donne lieu qu'à une sanction par équivalent, donc à des dommages et intérêts, sauf si le contrat contient une clause d'exécution forcée en nature, rarissime.

⁴³ Jean-Louis BERGEL, *Promesses de vente d'immeuble*, Lamy, Paris, 2012, p. 221.

⁴⁴ *Ibidem*. Dès lors, le promettant se trouve déjà irrévocablement engagé à la conclusion du contrat promis au moment où la promesse unilatérale de vente est formée.

⁴⁵ *Idem*, p. 219.

⁴⁶ *Idem*, p. 223.

On doit souligner aussi, s'il s'agit, au contraire, de la version unilatérale de la promesse, que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente dispose en droit civil roumain d'une exclusivité sur la conclusion du contrat de vente. Ainsi, un délai lui est consenti pendant lequel il est libre d'accepter⁴⁷ ou non de conclure le contrat de vente ; c'est pour cela que l'on souligne que le bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente dispose d'un droit potestatif d'option. Notons que celui-ci a le choix entre accepter d'acheter le bien objet du contrat de vente (au moment de son acceptation, le contrat de vente sera conclu entre le promettant et le bénéficiaire de la promesse) ou refuser d'acheter⁴⁸ le bien objet du contrat de vente au prix convenu⁴⁹; en ce cas, le contrat de vente ne sera donc pas conclu⁵⁰ et, par ailleurs, la promesse unilatérale de vente deviendrait caduque⁵¹.

En ce qui concerne l'hypothèse de la révocation de la promesse de vente par le promettant pendant le délai de l'option, les effets juridiques d'une telle révocation sont différents ; *la levée de l'option⁵² 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 peut être ordonnée*. En ce qui concerne le droit civil français, le nouvel article 1124 du Code civil dispose désormais que *la révocation de la promesse pendant la période consentie au bénéficiaire pour opter* n'empêche pas la formation du contrat promis. On

⁴⁷ Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, p. 197.

⁴⁸ Yves LEQUETTE, François TERRE, Philippe SIMLER, François CHENEDE, *op. cit.*, p. 293.

⁴⁹ *Idem*, p. 294.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Idem*, p. 296.

⁵² *Idem*, p. 297.

peut également souligner que la révocation de la promesse unilatérale de vente par le promettant est désormais privée d'effets et le contrat de vente sera définitivement formé si le bénéficiaire de la promesse y donne son consentement, en acceptant l'offre de vente.

3.4 Le rôle de la clause pénale : quelles réverbérations ?

En matière de pacte de préférence, il s'agit de la stipulation par laquelle les parties fixent forfaitairement et de manière anticipée le montant des dommages-intérêts dus par l'une des parties à l'autre en cas d'inexécution de ses obligations contractuelles. Notons que la clause pénale ne doit donc pas être confondue avec l'indemnité d'immobilisation qui, dans le cadre de la promesse unilatérale de vente, correspond à la somme que versera le bénéficiaire de la promesse au promettant⁵³, le contrat de vente ne soit finalement pas conclu. À notre avis, l'indemnité d'immobilisation⁵⁴ n'est en effet pas due par le bénéficiaire en raison de l'inexécution de ses obligations contractuelles⁵⁵, puisque dans la promesse unilatérale de vente seul le promettant s'oblige⁵⁶, celle-ci se distinguant de la clause pénale⁵⁷.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, p. 198; Jacqueline PIEDELIÈVRE, Stéphane PIEDELIÈVRE, *Les promesses de vente et d'achat immobilières*, Defrénois, Paris, 2018, p. 168-171.

⁵⁵ *Idem*, p. 182.

⁵⁶ Yves LEQUETTE, François TERRÉ, Philippe SIMLER, François CHENEDE, *op. cit.*, p. 297; Jacqueline PIEDELIÈVRE, Stéphane PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, p. 172.

⁵⁷ Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, p. 199. Il faut souligner qu'un tiers n'utilisant pas l'action interrogatoire peut voir son contrat conclu annulé ou y être évincé s'il existait au profit d'un bénéficiaire un droit de préférence. L'impossibilité de se prévaloir de l'action en nullité ou en substitution apparaît donc comme une sécurisation du contrat conclu par le tiers au détriment du bénéficiaire. Notons que le tiers ayant un doute sur l'existence d'un pacte pourra dès lors préalablement s'assurer contre toute annulation ou éviction de son contrat conclu avec le promettant.

Une autre remarque qu'on doit ajouter est que la clause pénale doit également être distinguée de la clause de dédit, qui permet à une partie de se soustraire à ses obligations⁵⁸, moyennant une contrepartie financière due à l'autre partie. Mentionnons aussi que la clause de dédit n'est qu'un droit de résiliation unilatérale, moyennant une indemnité ; notons que l'objet de l'indemnité n'est pas de réparer⁵⁹ le préjudice subi par l'autre partie du fait de l'inexécution des obligations contractuelles, mais de compenser⁶⁰ le droit potestatif qui anéantisse les réseaux contractuels, dont dispose le bénéficiaire⁶¹ de la clause de dédit.

4 Conclusions

Les divergences conceptuelles notables entre la vision du législateur français et celle du législateur roumain en matière d'effets de l'accord de préférence, ainsi que la consécration récente en droit français du droit d'action interrogatoire dont le titulaire est l'acheteur potentiel ont justifié la discussion critique de la question d'efficacité juridique d'un tel mécanisme. En droit français des contrats, l'accord de préférence ou le pacte de préférence représente un type d'avant-contrat selon lequel une personne s'engage envers une autre qui accepte d'être le titulaire du droit potestatif d'option, à ne pas conclure avec un tiers un contrat déterminé avant de lui en avoir proposé la conclusion aux mêmes conditions. La définition peut être

⁵⁸ *Idem*, p. 201.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Idem*, p. 203.

⁶¹ *Ibidem*.

retenue pour le droit civil roumain de la vente aussi ; quand même, les divergences s'avèrent importantes du point de vue des sanctions applicables pour la violation du pacte, ainsi que du point de vue de la récente consécration en droit français de l'action interrogative, inconnue en droit roumain des contrats civils.

L'action interrogatoire introduite en droit civil français pour but de déterminer une partie (en ce cas, le bénéficiaire du pacte) à prendre position sur une situation juridique corrélée à ses droits générés par le pacte, dans l'idée de lever une incertitude, pour agir à prendre une décision immédiate sur l'exercice de son droit d'option. À partir des considérations des sections précédentes, on peut retenir les conclusions énumérées dans les paragraphes suivantes :

(a) du point de vue du promettant, la violation du pacte de préférence se produira dans deux hypothèses : soit le promettant a conclu le contrat de vente avec un tiers sans engager de négociations avec le bénéficiaire du pacte, soit en violation de son droit de priorité ; soit le promettant, après avoir engagé des négociations avec le bénéficiaire du pacte, lesquelles n'ont pas abouti, a formulé une offre plus favorable au tiers ;

(b) le bénéficiaire du pacte peut enfin, avant que le promettant ne lui adresse une offre, renoncer au droit potestatif de priorité qui lui a été consenti, alors même que ce dernier envisage de vendre le bien sur lequel porte le pacte de préférence; dans cette hypothèse, aucun manquement ne peut être reproché au bénéficiaire du pacte, dans la mesure où, à aucun moment, il n'a donné son consentement définitif à l'acte de vente et le promettant du pacte redevient, là encore, libre de contracter avec un tiers; nous considérons que, dans la mesure où le bénéficiaire du pacte dispose d'un droit potestatif, il ne

saurait engager sa responsabilité contractuelle, ni délictuelle en cas de renoncement quant à l'exercice du son droit de priorité;

(c) en vertu du principe de l'effet relatif des conventions, le pacte de préférence ne crée aucune obligation à l'égard des tiers; dès lors, dans l'hypothèse où le tiers conclurait le contrat de vente avec le promettant en violation du droit de priorité du bénéficiaire, le tiers ne saurait engager sa responsabilité; quand même, en droit civil roumain, le tiers acquéreur n'étant que le propriétaire sous la condition suspensive, il peut également bénéficier des fruits produits par le bien *pendente conditionae*, ainsi qu'entreprendre tous les mesures de conservation du bien dans l'intervalle intérimaire ;

(d) le vendeur promettant, étant le propriétaire sous la condition résolutoire du non-exercice du droit potestatif du bénéficiaire du pacte, peut également instituer des hypothèques, servitudes ou d'autres restrictions qui seront opposables au bénéficiaire du droit de préférence dans l'hypothèse dans laquelle celui-ci décide d'accepter l'offre de vente en payant le prix convenu entre le vendeur promettant et le tiers acquéreur sous la condition suspensive ;

(e) qu'à défaut de réponse à l'expiration du délai émise par le bénéficiaire de l'accord de préférence conventionnelle, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter la nullité du contrat passé par le tiers, ni sa substitution même au contrat final passé par ce dernier ; en vertu de la nouvelle catégorie d'actions interrogatoires en droit civil français, le tiers à un pacte de préférence peut demander par écrit, dont la condition de la version écrite de la demande est expressément prévue, au bénéficiaire du pacte de confirmer dans un délai qu'il fixe par la notification et qui doit être considéré raisonnable, l'existence ou l'inexistence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir de son droit potestatif ;

(f) le tiers, en qualité de titulaire du droit d'action interrogatoire, peut imposer au bénéficiaire du pacte d'opter dans un délai raisonnable à défaut de quoi l'offre qui lui a été faite par le promettant deviendra caduque ; notons qu'une fois le délai d'option écoulé, le tiers sera, par conséquent, en droit de se substituer au bénéficiaire du pacte, sans risquer d'engager sa responsabilité et par là même celle du promettant ;

(g) le tiers acquéreur qui envisage de conclure un contrat et qui présume qu'une personne pourrait bénéficier d'un droit de préférence peut interroger à ce sujet sur l'existence d'un pacte et, le cas échéant, son intention de s'en prévaloir; cette action interrogatoire doit être faite par écrit, doit laisser au destinataire un délai raisonnable pour répondre et doit lui préciser que, à défaut de réponse, il ne lui sera plus possible de solliciter la substitution dans le contrat final ou sa nullité; en cas d'admission, en droit civil français, l'action interrogatoire permet au tiers acquéreur de s'assurer que le contrat qu'il s'apprête à conclure ne sera pas annulé et que le bénéficiaire d'un éventuel accord de préférence ne demandera pas à être substitué au contrat conclu entre le promettant et le tiers acquéreur,

(h) l'action interrogatoire relative au pacte de préférence en droit civil français offre au tiers acquéreur la possibilité de s'assurer de l'existence d'un pacte de préférence au profit d'un bénéficiaire; ce type d'action lui permettra aussi de connaître l'intention du bénéficiaire de se prévaloir ou non du droit potestatif de conclure le contrat final; soulignons que le principal apport de l'action interrogatoire tient à ses effets, aussi qu'à sa nature juridique; à défaut de réponse dans le délai accordé au bénéficiaire, l'action en nullité ou en substitution du contrat conclu par le tiers et le promettant est fermée au bénéficiaire; notons que ces effets seront semblables en cas de réponse, par le

bénéficiaire, indiquant sa non intention de se prévaloir de son droit conventionnel de préférence.