

UNIVERSITE ASSANE SECK DE ZIGUINCHOR

UFR des Sciences Economiques et Sociales

Département de Droit des Affaires



Mémoire de fin de cycle de Master

Spécialité : **Droit privé fondamental**

Sujet :

**La théorie générale des avant-contrats du Code des Obligations
Civiles et Commerciales**

Soutenu publiquement le 06 Novembre 2018 par :

Mademoiselle Aissata BOCKOUM

Sous la direction du :

Professeur Jean-Louis CORREA

Agrégé des Facultés de Droit

Devant le jury composé de :

Président : Pr Jean-Louis CORREA

Membre : Dr Diélya Yaya WANE

Membre : Dr Boubacar DIALLO

Année académique 2017 - 2018

« L'université ASSANE SECK de Ziguinchor n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

REMERCIEMENTS

Quand il y'a la soif d'apprendre et lorsqu'il y'a un souci de réaliser ses rêves les plus profonds, alors tout vient à point à celui qui sait attendre !

Ce mémoire aussi modeste qu'il puisse être est le fruit d'un long travail de recherche mais a également été impacté par de nombreuses personnes. Empêtrer dans une obligation purement morale et la courtoisie intellectuelle, on se sent donc contraint de leurs adresser nos plus sincères remerciements.

*Nous tenons d'emblée à remercier très chaleureusement le **Professeur Jean-Louis CORREA**, d'avoir bien voulu encadrer ce mémoire. Professeur, votre disponibilité, patience, gentillesse et sympathie à notre égard, nous ont été d'un grand soutien et mérite toute notre admiration. Sans vous, ce mémoire n'aurait jamais vu le jour. Vous nous avez toujours réservé le meilleur accueil malgré votre calendrier chargé. Vous avez depuis nos premiers pas dans ce temple du savoir qu'est l'université Assane SECK de Ziguinchor, impacté dans nos études. En effet, vous êtes une véritable référence pour nous autres étudiants.*

*Nos remerciements vont également à l'endroit de notre responsable de Master, le **Docteur Khalifa Ababacar KANE**. Professeur, comme un père vous êtes pour nous. Nous accompagnant dans chacun des étapes de notre cursus universitaire, nous ne saurions vous remercier assez. Vos sacrifices de tous les jours dans l'optique de nous propulser vers la porte d'une belle réussite, nous en sommes conscients.*

*Merci également au chef de département de droit, le **Docteur Diélya Yaya WANE** ainsi qu'à tous les membres du département de droit de l'université Assane SECK.*

*Un grand merci aussi à ces frères et conseillers doctorants que sont messieurs **Younouss SANE, Serigne Moustapha BAYO et Lucien MANE** d'avoir consacré de leur temps pour lire ce modeste travail.*

*Enfin, nous remercions Monsieur **Seydina Mohamad BA**, pour son soutien et sa disponibilité sans faille dans la réalisation de ce document.*

A tous ceux qui de près ou de loin ont contribué à l'élaboration de ce travail, recevez notre plus profonde gratitude !

DEDICACE

À mon père,

À ma mère,

À mes sœurs,

À mes amis,

À toutes ma famille,

À mon très cher RASSOUL et

A mon regretté ami, frère et confident ALIOUNE.B. KHANTA (Qu'il repose en paix).

Ce mémoire est pour nous l'occasion de vous démontrer toute notre gratitude.

Votre amour inconditionné, vos sacrifices, vos encouragements et vos prières ont pu nous soutenir tout au long de ce travail.

Merci d'être toujours là pour nous !

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	I
DEDICACE.....	III
SOMMAIRE	III
LISTE DES SIGLES, ABREVIATIONS ET ACRONYMES	IV
INTRODUCTION.....	1
PREMIERE PARTIE : L'INEXISTENCE D'UNE THEORIE GENERALE DES AVANT- CONTRATS DANS LE COCC	8
CHAPITRE I : LE SOUCI DE COHERENCE DANS LA REGLEMENTATION DES AVANT- CONTRATS DU COCC	9
SECTION I : LE REGIME DU PACTE DE PREFERENCE	9
SECTION II : LA REGLEMENTATION DE LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE VENTE D'IMMEUBLE IMMATRICULE.....	20
CHAPITRE II : L'APPLICATION DU DROIT COMMUN DES AVANT-CONTRATS	37
SECTION I : LE CONFLIT ENTRE PREEMPTION ET PREFERENCE	38
SECTION II : L'INCOHERENCE DES SANCTIONS DU PACTE AVEC LES CONDITIONS DE SA VIOLATION.....	50
DEUXIEME PARTIE : LA CONSTRUCTION D'UNE THEORIE GENERALE DES AVANTS- CONTRATS DANS LE COCC	67
CHAPITRE I : UNE MISE EN COHERENCE DANS LA REGLEMENTATION DES TRANSACTIONS IMMOBILIERES.....	67
SECTION I : RETOUR SUR L'ARTICLE 382 COCC.....	68
SECTION II : UNE REECRITURE DES DISPOSITIONS SUR LES PROMESSES SYNALLAGMATIQUES	77
CHAPITRE II : UNE MISE EN COHERENCE DANS LA REGLEMENTATION DU PACTE DE PREFERENCE.....	90
SECTION I : PREMIERE POSSIBILITE : UNE APPLICATION CONDITIONNEE DE L'ARTICLE 326 AU PACTE DE PREFERENCE	90
SECTION II : DEUXIEME POSSIBILITE : LA PROPOSITION D'UNE REGLEMENTATION PROPRE AU PACTE DE PREFERENCE	103
CONCLUSION	116
BIBLIOGRAPHIE	
TABLE DES MATIERES	

LISTE DES SIGLES, ABREVIATIONS ET ACRONYMES

A. U. D. C. G.	Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général.
A.P.D.	Archives de Philosophie du Droit.
Al.	Alinéa.
Art.	Article.
Bull. Civ.	Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation Chambre Civile.
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation.
C. A.	Cour d'Appel.
Cass. Ass. Plén.	Cour de Cassation Assemblée plénière.
Cass. Civ.	Chambre Civile Cour de Cassation.
Cass. Com.	Chambre Commerciale Cour de Cassation.
C. Civ.	Code Civil Français.
Cf.	Confère.
Comm.	Commentaires.
Concl.	Conclusions.
Cons. Const.	Conseil Constitutionnel.
C.O.C.C.	Code des Obligations Civiles et Commerciales.
Coll.	Collection.
C.R.E.D.I.J.	Centre de Recherches et d'Études en droit et Institutions Judiciaires en Afrique.
C.R.E.S.	Consortium pour la recherche économique et sociale.
C.S	Cour Suprême.
D. Chron.	Dalloz Chroniques.
D. J.	Dalloz Jurisprudence.
D.	Dalloz.
Éd.	Édition.
Ibid.	Au même endroit.
J. C. P.	Juris Classeur Périodique.
J. O. R. F.	Journal Officiel de la République Française.
J. O.	Journal Officiel.
L. G. D. J.	Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence.
L. P. A.	Les Petites Affiches.

L.	Loi.
N°	Numéro
N.E.A.	Nouvelle Edition Africaine.
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.
Obs.	Observations.
Op. Cit.	Cité plus haut.
P. P.	Pages.
P. U. A. M.	Presse Universitaire d'Aix-Marseille.
PUF	Presse Universitaire Française.
P.	Page.
R. D. C.	Revue Des Contrats.
R.D.S.	Revue de Droit Sénégalais.
R. J. D. A.	Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires.
R. T. D. Civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
R. T. D. Com	Revue Trimestrielle de Droit Commercial.
R.H.D.	Revue Histoire du Droit
R.I.D.C.	Revue Internationale de Droit Comparé
S.	Suivants.
T.	Tome.
Th.	Thèse.
V.	Voir.
Vol.	Volume.

INTRODUCTION

« *Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolue de la ligne droite. Sinueux, capricieux, incertain tel il nous est apparu ; dormant et s'éclipsant, changeant mais au hasard, et souvent refusant le changement attendu, imprévisible par le bon sens comme par l'absurdité. Flexible droit ! Il faut pour bien l'aimer, commencé par le mettre à nu* »¹. La meilleure façon de le percevoir serait alors de le déconstruire pour mieux le construire. Appliqué au contrat, le terme « Droit des contrats » doit s'adapter aux sociétés qui en usent en traduisant leurs besoins et varier avec les événements et les époques. Il implique aussi une philosophie car, le contrat est avant tout une volonté, il exprime donc l'autonomie de l'individu et sa liberté : Mais en somme, le contrat est d'abord une source d'obligation.

Historiquement, l'obligation aurait un caractère double, correspondant à la très célèbre distinction, imaginée par les juristes allemands, faite d'un point de vue purement doctrinal, à travers une analyse subtile et nouvelle de la notion d'obligation en droit moderne, à la fin du XIX^{ème} siècle entre le devoir et l'engagement. L'obligation dériverait alors du *Schuld qui* est le rapport juridique en vertu duquel le corps social demande au débiteur d'exécuter sa prestation. Mais également du *Haftung qui* met à la disposition du créancier un moyen de contrainte direct ou indirect qui lui permettra d'obtenir satisfaction². Selon les Institutes de Justinien « *obligatio est juris vinculum quo necessitate astringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura* », souvent reproduite dans les manuels ou traités de Droit Civil, tant en France qu'à l'étranger, signifie que : « l'obligation est un lien de droit par lequel nous sommes astreints à la nécessité de payer quelque chose, conformément au droit de notre cité »³.

Dans la philosophie traditionnelle du droit, l'obligation se conçoit selon la logique du devoir. Dans la pratique des affaires et dans la culture contemporaine, elle se conçoit mieux selon la logique de l'aspiration.

¹ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 10^{ème} Edition, LGDJ, E.J.A., 2001, éd. LGDJ

² P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, PRESSES UNIVERSITAIRES DE France, 1^{ère} éd : 4^e trimestre 1957, p. 16.

³ J. MACQUERON, Histoire des obligations, *Le droit romain*, CENTRE d'HISTOIRE INSTITUTIONNELLE et de l'ANTIQUITÉ ROMAINE ÉCONOMIQUE Série Mémoires et Travaux, n° i, 1971, p.1

Ainsi, Concernant un domaine qu'on serait tenté de qualifier de pierre angulaire du droit, notre sujet est inclus dans une phase très complexe du droit des obligations qui est les avant-contrats. Le rappeler ne faisant pas plus de mal que de bien à notre tentative de perception des concepts, il est ainsi structuré : La théorie générale des avant-contrats du COCC⁴. On enseigne traditionnellement que le consentement est formé par la rencontre de l'offre et de l'acceptation. D'une manière plus générale, si ce schéma du « coup de foudre » contractuel correspond à la réalité pour la plupart des contrats de la vie courante portant sur des prestations de faible valeur économique, les « gros contrats » sont au contraire le fruit d'une préparation précontractuelle qui s'étale parfois dans le temps. Cette phase communément appelée avant-contrat parce que tout simplement elle vient avant le contrat, conception qui peut d'ailleurs sembler assez banale, désigne en effet un véritable contrat préparatoire d'un contrat futur. A la fois période charnière et zone grise, la phase de négociation du contrat exerce sur le juriste que nous sommes une évidente attraction. « *Négocier, c'est tout d'abord renoncer à certaines formes de violence, c'est renoncer à de purs rapports de force, c'est accepter de discuter, accepter de fixer des valeurs, que ce soient des valeurs économiques, financières, politiques, sociales* »⁵. Les négociations peuvent donc être formelles ou informelles.

Dans les pourparlers informels, on trouve cette liberté des négociateurs très accentuée : pas d'engagements, droit de mener des négociations parallèles, droit de rompre les pourparlers, mais aussi l'obligation de bonne foi. À la différence des pourparlers informels, on trouve dans les pourparlers formalisés de vrais contrats qui vont engager une ou toutes les parties. C'est ce qu'on appelle les avant-contrats. N'étant pas défini par la loi, la notion de contrat préparatoire est laissée à la discrétion de la doctrine car étant née d'elle, enrichie par la pratique, délaissée par la jurisprudence et inexistante dans le cadre de la loi. Ceci étant, la notion existe. Son identification n'est pas aisée et elle est parfois assimilée à d'autres notions existantes telles que celle d'avant-contrat.

⁴Le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal a été adopté en vertu de la loi n° 63-62 du 10 juillet 1963, entré en vigueur le 15 janvier 1967. Cette loi est le reflet d'une « construction homogène comprenant quatre parties (les parties concernant la garantie des créanciers et celle relative au Code des sociétés et GIE ont vu leur effet réduit voire neutralisé depuis l'adoption de l'OHADA) conçues de façon à remplacer progressivement les anciennes législations françaises applicables à la colonie du Sénégal devenue indépendante».

⁵M. ANZIEU, « La négociation », Revue acheteurs, novembre 1963, p. 15, Cité par P. SARVARY-BENE, « Réflexions sur la notion de contrat préparatoire », Th, 14 déc. 2015.

Au singulier et au sens large, l'avant-contrat désigne la période précontractuelle dans son ensemble ; tandis qu'au pluriel et dans un sens plus précis, les avant-contrats désignent les contrats préparatoires, dont l'objet est d'encadrer la conclusion d'un autre contrat à venir. L'avant-contrat serait tout ce qui, n'étant pas encore le contrat, le précède. L'approche sémantique du terme « avant contrat » renvoie à l'idée même du temps. Le professeur Mazeaud parle donc du stade *ante* contractuel⁶. Si l'on s'en réfère, l'avant-contrat serait littéralement ce qui se situe avant le contrat. Envisager l'avant-contrat comme une période implique donc de la délimiter dans le temps. En effet, une période a un début, et une fin. Or, la frontière de l'entrée dans la phase de l'avant-contrat se révèle assez floue, perméable, presque insaisissable.

En outre, ceci peut masquer l'essentiel. Car en effet, l'utilité de la période précontractuelle tient à ce que tout ce que les parties y font tend vers le contrat. D'ailleurs, la chose pourrait être dite plus simplement, en affirmant que « *l'avant-contrat, ce n'est pas avant-le-contrat ; c'est le contrat en train de se faire* », ce qui est différent⁷. Nous désignerons bien souvent la période de l'avant-contrat par les termes « période précontractuelle », ou encore « période de négociation », car c'est bien de cela dont il s'agit. Il y a dans ces termes l'idée d'une démarche, d'une progression qui représente la maturation d'un projet, sa construction, sa création. L'avant-contrat n'est pas qu'un cadre chronologique, c'est un cheminement. Il peut être ponctué de contrats ayant pour seul objectif de l'organiser, de le structurer, de le sécuriser. Il s'agit de contrats préparatoires.

Ainsi, pour certains auteurs tel que le Professeur Collart-Dutilleul, « *est un avant-contrat, tout accord contractuel conclu avant le contrat définitif et qui a pour but directement ou indirectement, de permettre la formation de ce dernier* ». Mais pour d'autres auteurs, l'avant-contrat correspond à une période et non plus un contrat⁸. Et c'est dans cette période que nous retrouvons les avant-contrats. On se rend compte que l'« *on peine à en trouver une définition consensuelle. La doctrine est loin d'avoir une approche unitaire de la notion. Les errements terminologiques de la notion en témoignent : «avant*

⁶D. MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle » : in *Mélanges offerts à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 643.

⁷O. DESHAYES, « L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats », PUF, coll. *CEPRISCA*, 2008, p.9

⁸J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2001 ; O. DESHAYES, « L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats », PUF, 2008, p. 8.

contrats »⁹, « avants-contrats »¹⁰, « avant contrat »¹¹. Il s'agit d'une notion « dont le manque de cohérence terminologique reflète la méconnaissance physiologique »¹². Il faut donc se garder de l'idée que « l'avant-contrat » serait une catégorie juridique unitaire. Il n'existe pas un avant-contrat mais des avant-contrats. L'étude du pacte de préférence et de la promesse unilatérale met pleinement en évidence cette idée. Ce sont des contrats différents, dont le seul point commun est d'être des contrats préparatoires d'un autre contrat, figeant d'ores et déjà le consentement d'une des parties sur un élément du contrat futur. Ils doivent bénéficier d'un régime propre et leur différence de nature conduit à les voir soumis à des conditions de validité différentes. Le mécanisme de la promesse de contrat va permettre, dans des relations complexes, d'aménager la conclusion du contrat dans le temps. Le pacte de préférence se développe aussi, permettant de choisir par avance son cocontractant, et de s'assurer pour un temps de l'éviction de la concurrence.

La mise en évidence d'une conception unitaire de la notion présente un intérêt majeur, puisque l'avant-contrat s'accompagne nécessairement d'un corps de règles juridiques attestant de la force des engagements souscrits par les parties. La quête d'une théorie générale conduit par conséquent à révéler les véritables contours juridiques de l'avant-contrat mais également son rayonnement au sein de la période préparatoire au contrat¹³.

Cependant, le législateur sénégalais n'étant pas parvenu à donner une définition exempte de toute ambiguïté à chacun des avant-contrats qu'il a eu à prévoir dans son code, réfléchir sur l'existence ou non d'une théorie générale des avant-contrats ne serait pas chose aisée. La théorie générale est une notion bien aimée par les juristes qui d'ailleurs en raffolent.

⁹J. GHESTIN et B. DESCHE, *Traité des contrats, la vente*, LGDJ, 1990. J. CARBONNIER, *Droit civil, les obligations*, T.4, 22^{ème} éd., PUF, coll. *Thémis droit privé*, 2000, n°26, p. 73. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, I. Contrat et engagement unilatéral*, 2^{ème} éd., PUF, coll. *Thémis droit privé*, 2010, p. 235. S. RINGLER, « Existe-t-il une théorie générale de l'avant-contrat ? », Th, Toulouse, 2010. J. SCHMIDT, « La période précontractuelle en droit français », Th, p. 545.

¹⁰S. PIEDELIEVRE, *Droit de l'immeuble : JCP N*, 2010, n°1, p. 23. L'auteur parle ici du « droit des avant-contrats ».

¹¹R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, Sources des obligations*, T. II, Librairie Arthur Rousseau, 1923. *Le droit de A à Z, Dictionnaire juridique pratique*, 3^{ème} éd., Editions juridiques européennes, 1998, p. 67.

¹²Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 5^{ème} éd., Defrenois, coll. *Droit civil*, 2011, n°102, p. 61 ; M. GENINET, th, p. 107 et s.

¹³S. RINGLER, « Existe-t-il une théorie générale de l'avant-contrat ? », Th, 2010, p.441.

Du grec ancien *theoria*, contemplation, spéculation, regard sur les choses, le mot « théorie » désigne un rapport entre un fait général ou le moindre nombre de faits généraux possible, et tous les faits particuliers qui en dépendent¹⁴. Elle renvoie à l'idée d'une construction intellectuelle, hypothétique et synthétique, organisée en système et vérifiée par un protocole expérimental.

Ainsi, selon Didier Martin, « *Le propos d'une théorie générale répond à l'idée d'une construction intellectuelle, méthodique et organisée, visant à ériger en synthèse cohérente la pensée relative à une matière déterminée.* ». Il s'agit toujours d'une « *activité doctrinale de pénétration de l'essence du juridique, indépendamment des particularités des branches du droit ou des systèmes juridiques.* » En revanche, quand il s'agit de la théorie générale de tel ou tel élément particulier, la notion n'est généralement pas définie, mais l'objet est de saisir le tout de l'institution considérée.

La théorie générale doit cependant être distinguée de certaines notions qui lui ressemblent et avec lesquelles elle a tendance à être confondue. On pense notamment au droit commun. Ce dernier désigne l'ensemble des règles juridiques applicables à toutes les situations pour lesquelles un régime de droit spécial n'a pas été prévu. Il s'oppose donc au droit spécial car, rassemblant les règles applicables aux situations n'étant pas régies par des règles particulières. Dans l'ancien droit, à une époque où chaque région avait sa propre coutume, le droit commun désignait le droit coutumier le plus largement utilisé. En droit romain, on parlait de droit commun pour désigner le droit naturel (s'appliquant à toute l'humanité), par opposition au droit civil, qui s'appliquait dans une cité particulière. Au moment de sa création en 1804, le Code civil rassemble ce droit commun et y est quasiment assimilé. Il pose les principes et règles essentiels du système juridique. Le droit commun peut donc être compris comme étant le principe et les droits spéciaux seraient les exceptions. Ce qui le différencie de la théorie générale est, sa constance et son caractère matériel. Le droit commun est un droit matériel alors que la théorie générale n'est qu'une idée construite de façon logique et organisée. La théorie générale elle, n'est qu'une activité doctrinale. En tant qu'activité doctrinale, nous serions tenus, d'essayer de l'appliquer aux avant-contrats du COCC.

¹⁴ Dictionnaire Littré

Ainsi, parler d'avant-contrat dans le COCC reviendrait à parler de sa réglementation au niveau national. Mais, étant une construction homogène comprenant quatre parties, conçues de façon évolutive pour remplacer progressivement les anciennes législations françaises applicables à la colonie du Sénégal devenue indépendante, le COCC a aujourd'hui, plus d'un demi-siècle d'existence. Et jusque-là, seul l'article 121 a fait l'objet d'une modification, avec l'introduction d'un troisième alinéa. Or, ce ne sont pas les incohérences qui y manquent et il faut oser le dire : le droit doit pouvoir s'adapter au temps afin d'être mieux accueilli par ceux à qui il est destiné. Empêtré donc dans l'instant et la contemporanéité, les 50 années de pratique du COCC ont décelé des insuffisances qui doivent faire l'objet d'un réaménagement. C'est ce qui fait d'ailleurs dire au Professeur Isaac. Y NDIAYE lors du colloque¹⁵ organisé à l'université Assane SECK de Ziguinchor à l'occasion du 50^{ème} anniversaire du code, qu' « *Il est temps qu'on jette un regard critique et un regard de scientifique sur ce qu'il y a à aménager dans le COCC, parce qu'il y a des évolutions terribles qui sont constatées* ».

Dès lors, l'avant contrat est certes une promesse de contrat mais il reste et demeure un contrat de promesse¹⁶. Cependant, dans le cadre de notre étude, on fera exclusion de la promesse de porte-fort. En effet, on vise ici la promesse faite par la personne même du contractant or, la promesse de porte-fort est une promesse faite pour autrui¹⁷. Il s'agit d'un contrat par lequel une personne s'engage au profit d'une autre à ce qu'une troisième ratifie ou exécute un engagement. Ainsi, il sera évoqué les promesses unilatérale et synallagmatique ainsi que le pacte de préférence.

La démarche choisie, se veut épistémologique, elle est donc réflexive, elle suppose de réfléchir sur la manière dont le droit des avant-contrats est construit et se construit, de s'interroger sur la manière dont il est présenté et expliqué, de questionner les théories qui le structurent et le façonnent...comme le disait un auteur¹⁸ sur le droit des contrats. Ainsi, même si elle porte sur un sujet très théorique, notre étude n'épargnera pas le droit constant

¹⁵ I.Y. NDIAYE, Colloque internationale, *Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal : Cinquante ans après*, L'Harmattan-Sénégal, 2008, Vol 1,

¹⁶F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, Cité par J.-L. CORREA, *Contribution à l'étude de l'obligation de donner en droit sénégalais des obligations*, *Annales africaines*, Dec.2014, vol.2, pp.226-252

¹⁷ Art 55 COCC « Lorsqu'une personne contracte sans pouvoir au nom d'un tiers, celui-ci n'est lié que par la ratification du contrat. Cette ratification rend le contrat opposable au tiers du jour de sa conclusion ».

¹⁸ J. P. CHAZAL, « De la théorie générale, à la théorie critique du contrat », *RDC*, 01 décembre 2003 n° 1, P. 27

car, c'est ce dernier qui nous servira de corps solide nous propulsant vers une étude théorique des avant-contrats du COCC. En effet, le travail consistera en la réflexion sur l'existence d'une théorie générale pour les avant-contrats du COCC, tout en nous basant sur le droit constant ayant été consacré par ledit code. Ceci consisterait en amont à revoir la structuration des avant-contrats dans le code. Ainsi, on se rend compte que les contrats préparatoires qui sont dans le code sont aussi différents les uns que les autres. Cette différence sera à noter aussi bien dans leur nature que dans les obligations des parties à ces avant-contrats. Mais, force est de constater un effort de la part du législateur sénégalais à vouloir mettre en place un droit commun des avant-contrats en usant de la synonymie et du renvoi comme principales méthodes. Ainsi, en lieu et place d'une définition pour le pacte de préférence, il procède juste à la détermination du droit résultant de cet avant-contrat, puis renvoie aux autres avant-contrats pour ce qui est de sa réglementation¹⁹. On est donc en raison de nous demander si cette synonymie que le législateur sénégalais fait montre entre le pacte de préférence et les promesses dans le COCC n'est-elle pas problématique en elle-même ? Ensuite, pour ce qui est des sanctions, on serait tenté de nous demander s'il existe entre le pacte de préférence et les promesses de vente, une identité de nature pouvant expliquer cette identité de sanction ? Le législateur semble avoir ignoré la différence de nature qui existe entre la promesse de contrat et le pacte de préférence. Or, promettre de « préférer » et promettre de « vendre » sont deux promesses tout à fait différentes. La première engageant à émettre une offre et la seconde engageant à contracter puisqu'une offre a déjà été émise. Par conséquent, les soumettre à une réglementation commune serait problématique. Pour ce qui est des transactions immobilières, la forme authentique en pareille matière est impérative et ne souffre pas d'amendement ou de dérogation de la part des contractants. En effet, en matière de vente d'immeubles, le but de la forme authentique est triple : mettre les parties à l'abri de décisions irréfléchies, stipuler exactement et clairement les clauses de l'acte, soumettre au conservateur du registre foncier un instrument complet et précis, propre à l'inscription requise²⁰. En outre, on se demande si cette formalisation du contrat de vente d'immeuble emporte formalisation de l'acte

¹⁹ Art. 319 COCC : « Le droit de préemption d'origine légale résulte du pacte de préférence. Ce pacte est soumis aux règles sur les promesses de vente ».

²⁰P. ENGEL, *Contrats de droit suisse*, 2^{ème} éd, Traité des contrats de la partie spéciale du code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, p. 95.

préparatoire qu'est la promesse synallagmatique qui la précède ? La réponse n'est pas aussi évidente qu'elle devrait, à travers le COCC.

Ce qui nous amène enfin à notre question principale de savoir : Existe-t-il une théorie générale des avant-contrats du COCC ?

La réponse à cette question, loin de se trouver dans les écrits du législateur, peut quand même être lue entre les lignes de son code. Mais, avant d'y arriver, il va falloir procéder à une inspection intégrale de son code pour ce qui traite des avant-contrats. Car, la théorie remplit une dimension trilogique : *connaître, enseigner et guider l'évolution du droit positif*²¹. La théorie générale des avant-contrats est d'abord un instrument de connaissance du droit positif dans une reconstruction cohérente, mais également une recherche constante du « bon droit », d'un meilleur droit vers lequel elle aspire à conduire le droit positif²². On ne peut donc pas percevoir une quelconque théorie générale pour les avant-contrats sans au préalable mettre en cohérence ce qui a été consacré par le législateur. Ce qui en réalité dote notre sujet d'un grand intérêt.

On arrive à déceler dans le talent rédactionnel du législateur une défaillance dans sa façon à lui de dire les choses. En effet, le manque de précision dont il fait montre dans ses écrits engendre beaucoup de difficultés dans la compréhension de son œuvre et ceci se répercute dans l'application même des dispositions du code. Certains comme le pacte de préférence se verront donc mal compris et mal aimé du fait de leur méconnaissance, et d'autres comme la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé seront source de pas mal de revirements jurisprudentiels faute d'une double réglementation qui n'était pas vraiment nécessaire. Or, la théorie générale se doit d'être organisée, méthodique, synthétique et enfin cohérente afin de ne pas constituer un carcan dans l'évolution du droit.

Parfois trop précis et d'autres fois ne l'étant pas du tout, on constate donc un souci de cohérence de la part du législateur dans la réglementation des avant-contrats du code justifiant l'inexistence d'une théorie générale des avant-contrats dans le COCC (Première partie). Cependant, on ne se contentera pas de déceler les incohérences, mais une

²¹J-L. AUBERT, préface de l'ouvrage d'E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, 1997.

²²Ibid.

proposition de mise en cohérence sera faite, dans le but d'essayer de construire une théorie générale des avant-contrats (Deuxième partie), tout en espérant voir le COCC faire face à un profond toilettage.

PREMIERE PARTIE : L'INEXISTENCE D'UNE THEORIE GENERALE DES AVANT- CONTRATS DANS LE COCC

Le contrat inonde la vie des hommes en société. Dans le quotidien de chaque individu se nouent de nombreux accords de volonté qui génèrent des obligations. Ainsi, pour se nourrir, se loger, se déplacer ou même se distraire on contracte constamment. Dès lors, tout dans le contrat est important et même si tout n'est pas contractuel dans le contrat, force est de constater que l'une de ses phases très importante, qui d'ailleurs la précède peut l'être. Il s'agit notamment de l'avant-contrat.

L'avant-contrat ou contrat préparatoire est une convention par laquelle les signataires arrêtent les règles par lesquelles elles entendent ultérieurement s'engager dans l'exécution d'une opération bien déterminée. La période précontractuelle « est donc la phase préliminaire où les clauses du contrat sont étudiées et discutées²³ ». Le contrat n'est donc pas encore formé. Il se peut même qu'il n'y ait pas encore eu d'offre de contracter prête à être acceptée telle quelle, mais seulement des propositions et des contres propositions. Ainsi, selon GHESTIN²⁴, « entre l'initiative que constitue l'entrée en pourparlers ou l'offre, et la conclusion d'un contrat, se situe souvent une période précontractuelle qui peut être parfois de longue durée... ». Ce qui lui accorde donc une importance colossale.

Cependant, notre seul souci s'avère être l'incohérence du législateur sénégalais dans la réglementation de cette phase cruciale (CHAPITRE I). Ainsi, n'ayant pas fait preuve d'assez de clarté et de précision en réglementant cette période assez délicate, il nous plonge d'abord dans les parois ténébreuses des controverses doctrinales liées à une défaillance rédactionnelle dans l'élaboration du COCC. Puis, dans un cadre plus pratique, les cours et tribunaux ferons face à pas mal de difficultés liées à l'interprétation de dispositions ambiguës quand il s'agira de l'application du droit commun des avant-contrats (CHAPITRE II).

²³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, T.4, Les obligations, 22^{ème} éd, Déc 1990, p.85.μμ

²⁴ DHESTIN, *Traite de droit civil*, T.2, *les obligations, le contrat*, R.I.D.C, 1980, 661p.

CHAPITRE I : Le souci de cohérence dans la réglementation des avant-contrats du COCC

« ...Avant d'écrire apprenons à penser. Selon que notre idée est plus ou moins obscure, l'expression la suit, ou moins nette, ou plus pure. Ce que l'on conçoit bien s'annonce clairement, et les mots pour le dire arrivent aisément » ; Par ces mots Nicolas Boileau invite à plus de clarté dans la pensée mais aussi dans l'expression. La rédaction est donc un art difficile selon B. OPPETIT²⁵, mais qui doit se faire bien pour mieux être perçu. Du latin *redactio*, la rédaction renvoie à l'action de rédiger ou au résultat de cette action.

Cependant, dans la mise en œuvre de cet art, le législateur sénégalais s'est montré défaillant à travers une rédaction ambiguë des avant-contrats du COCC. Avant-contrats qui ne se limitent pas à être qu'une phase précédant le contrat, mais qui jouent un rôle colossal dans la conclusion d'un contrat. Par exemple, lorsqu'il s'agit de contrats de grande envergure ou encore de contrats pourtant sur des immeubles, ils méritent en effet une certaine clarté dans leur réglementation afin que répercussion ne soit faite sur le contrat projeté. Ainsi, l'ambiguïté dans les notions dont use le législateur, tend parfois à être abusive, rendant leur compréhension difficile. Par ailleurs, de la définition d'une notion, à la sanction de son inexécution, la doctrine y sera bien fournie et les tribunaux renverraient bon nombre de décisions. Dès lors, la défaillance rédactionnelle sera à noter aussi bien dans le régime du pacte de préférence (Section I) qu'au niveau du régime de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé (Section II).

SECTION I : Le régime du pacte de préférence

Avant-contrat ou contrat préparatoire, le pacte de préférence se distingue de la négociation contractuelle. A cet égard, la classification des avant-contrats distinguant obligation de négocier, de préférer et de contracter, permet de le situer au stade de l'obligation de préférer proposée par la doctrine. Ainsi, se caractérise-t-il d'abord par l'expression d'une préférence, c'est-à-dire d'une priorité. Le pacte de préférence peut être compris comme étant un contrat par lequel une personne appelée le promettant promet à

²⁵ P.S.A. BADJI, « La mise en cohérence des règles relatives à la sanction de l'inexécution des obligations », In Y. NDIAYE, J. J.-L. CORREA, A. A. DIOUF, *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Vol. 1, Harmattan, p. 73.

une autre appelée bénéficiaire de la préférer à toute autre personne si jamais elle se décide à contracter. Il fait ainsi naître un droit de préemption²⁶, une préférence²⁷.

Par ailleurs, mal connu, mal compris, mal aimé, le pacte de préférence souffre du mal de méconnaissance en droit sénégalais. Ainsi, ses maux lui ont valu un manque de considération (paragraphe I) total au niveau du code dans la mesure où, le pacte de préférence n'y fait l'objet d'aucune réglementation légale spécifique et par conséquent son régime se voit assimilé à celui des promesses de vente (paragraphe II) ; promesses auxquelles le pacte s'oppose diamétralement comme pour dire éventualité et décision.

PARAGRAPHE I : Le manque de considération du pacte de préférence dans le COCC

Du latin *pactum*, le mot pacte signifierait un accord, un contrat, une promesse ou encore un traité. Le mot est étymologiquement lié à la paix. Quant à la préférence, elle désigne l'action de préférer²⁸ une chose, une situation ou une personne à une autre. En effet, l'article 1123 alinéa 1^{er} du code civil définit le pacte de préférence comme étant, le contrat par lequel une personne s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter.

Cependant, au Sénégal on peut aisément constater de la part du législateur un manque de considération de cet avant-contrat se traduisant aussi bien par une absence de disposition expresse sur le pacte (A) mais également une absence de définition du pacte (B) claire et limpide lui appartenant exclusivement.

A. L'absence de disposition expresse sur le pacte dans le COCC

Dans la réglementation des contrats au niveau du COCC, le législateur prévoit dans un paragraphe dénommé « *Modalités concernant la formation du contrat*²⁹ » ; deux types de contrats préparatoires : la promesse unilatérale³⁰ et la promesse synallagmatique³¹ de vente. Ces deux avant-contrats sont en effet de véritables contrats qui font naître des

²⁶ Art. 319 COCC « Le droit de préemption d'origine conventionnelle résulte du pacte de préférence. Ce pacte est soumis aux règles des promesses de vente ».

²⁷ Art. 318 « Quels qu'en soit la source, le droit de préemption donne à une personne la faculté de se porter acquéreur d'un bien de préférence à tout autre ».

²⁸ Dictionnaire de français LAROUSSE, p.333, Préférer : aimer mieux, estimer davantage.

²⁹ Paragraphe 2 de la Section IV intitulée « *Les modalités de la vente* ».

³⁰ Art. 324 COCC.

³¹ Art. 322 COCC.

obligations selon l'engagement pris par chacune des parties. Dans les deux cas il s'agit d'un contrat³² même si pour la première l'obligation se penche d'un côté³³. En effet, les promesses de vente interviennent dans des situations où il n'apparaît pas souhaitable aux parties, ou il ne leur est pas possible, de conclure d'emblée ce contrat de manière définitive. Tantôt, l'une d'entre elle veut mûrir sa décision, pour s'assurer de l'opportunité de l'opération qu'elle envisage. Tantôt, les deux parties entendent s'engager dès maintenant et réciproquement en vue d'une vente qui n'est pas immédiatement réalisable. Il s'agit donc là de véritables contrats préparatoires de contrat futur.

Cependant, les promesses de vente ne sont en réalité pas les seuls contrats préparatoires consacrés par le législateur. En effet, un troisième avant-contrat existe même si par ailleurs, il paraît mal aimé : le pacte de préférence. Il s'agit d'un contrat que le législateur sénégalais évoque dans la définition d'un droit de préemption conventionnel. La chose ne doit point étonner dans la mesure où si l'on prend en compte cette absence de considération donc il est victime, le pacte n'est que brièvement évoqué. Ainsi, les rédacteurs du code, dans une perspective de conception et de perception de la dichotomie droit de préemption d'origine légale, droit de préemption d'origine conventionnelle feront mention de la notion de pacte de préférence. Or, sachant qu'en droit sénégalais le siège des avant-contrats dans le COCC est l'article 319³⁴, on constate que cette disposition énonce brièvement les différents avant-contrats consacrés tout en s'intitulant « Droit de préemption d'origine conventionnelle ». Brièveté dont seul le pacte de préférence est victime car en effet, les promesses feront ensuite l'objet de tout un paragraphe. Ainsi, mis à part cette disposition, il n'y a nulle part ailleurs ou la notion « pacte de préférence » a été évoquée dans le code. Or, comme tout contrat préparatoire ou encore véritable contrat, le pacte de préférence est tout aussi efficace que les autres avant-contrats.

Dès lors, le manque de considération est perçu comme une privation, une désuétude, une carence, ou encore une pénurie, dans un sens global. Mais comment le législateur sénégalais le manifeste-t-il ? Il le manifeste par une absence totale de

³² En effet le contrat s'identifie d'abord par la présence de l'échange des volontés, qui pour dire en droit sénégalais est un principe évoqué dans la disposition définissant la notion même de contrat : « Le contrat est un accord de volontés générateur d'obligations ».

³³ Art. 325 COCC « Lorsque toutes les conditions nécessaires à la formation de la vente sont fixées dans le contrat, la promesse de vente engage le vendeur et fait naître l'option au profit de l'acheteur ».

³⁴ Art. 319 COCC « Le droit de préemption d'origine conventionnelle résulte du pacte de préférence. Ce pacte est soumis aux règles des promesses de vente ».

disposition affectée uniquement et expressément au pacte de préférence. Dans un document de 102 pages dont 826 articles, il est malheureux de constater une absence de regard sur cet avant-contrat aussi important que les autres avant-contrats dans la formation d'un contrat futur, surtout pour ce qui est des contrats à valeur économique élevée. Ce manque de considération n'est cependant point concevable dans la mesure où le pacte de préférence constitue un outil de contrôle à considérer. La considération de cet outil de contrôle doit lui être reconnue d'abord sur le plan d'une vente dans laquelle le caractère de la personne contractante est déterminant. Ainsi, le pacte va constituer un outil très intéressant pour le propriétaire qui consent à vendre son bien en considération des qualités personnelles de l'acheteur. C'est le cas, entre autres, du propriétaire qui vend une parcelle de terrain à un ami ou à un membre de sa famille, ou encore du propriétaire qui vend une unité d'un duplex qu'il habite, en accordant une importance particulière aux caractéristiques de ses futurs voisins. Ensuite, cette considération doit lui être également due dans le cadre de la cession d'action dans les sociétés. En effet, les pactes renfermant cet objectif instituent un « droit de préférence » au profit des signataires, lors d'une cession de droits sociaux³⁵. Pour cette raison, ces conventions sont désignées sous les noms révélateurs de pacte de préférence ou de pacte de préemption. Le pacte aura donc pour effet le renforcement de la cohésion et de la stabilité des associés, parce qu'instituant des règles relatives à la transmission et à la cession des droits sociaux³⁶.

Cependant, la reconnaissance qui lui est refusée dans le COCC, lui a été suffisamment servie au niveau de l'Acte Uniforme révisé relatif aux droits des Sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique à tel enseigne que le législateur communautaire déclare nulle toute cession d'actions réalisée en violation du droit de préemption, dans le cas où une clause de préemption est stipulée dans les statuts³⁷.

Par ailleurs, le pacte n'étant soumis à aucune réglementation particulière dans le code et n'a donc aucunement été défini par ce dernier dans ses dispositions.

³⁵ Art. 771-2 de l'Acte Uniforme révisé relatif aux droits des Sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique adopté le 30 janvier 2014 à Ouagadougou (Burkina Faso). « Il peut être stipulé dans les statuts ou les conventions de l'article 2-1 ci-dessus, que l'actionnaire qui entend céder tout ou partie de ses actions, est tenu de le notifier à un ou plusieurs autres actionnaires qui peuvent faire connaître au cédant qu'ils exercent un droit de préemption aux prix et conditions qui lui ont été notifié ».

³⁶ A. SAKHO, « L'exécution forcée des obligations de faire résultant des pactes de préférence dans les cessions d'action », C.R.E.S, 2014, p. 7.

³⁷ Art. 171-3 de l'AUSCGIE.

B. L'absence de définition propre au pacte dans le COCC

« Le droit de préemption d'origine conventionnelle résulte du pacte de préférence. » ; Est en effet, la seule phrase dans laquelle le terme pacte de préférence a été utilisé dans le COCC sénégalais. Sommes-nous donc contraints à définir cet avant-contrat à partir de ce si « pingre » bout de phrase ? La réponse s'annonce évidente, en l'absence d'autre option. Mais peut-on vraiment définir un avant-contrat à partir d'un droit résultant de cet avant-contrat ? La chose s'impose car en effet le choix n'est pas offert en droit sénégalais. Nous allons donc appréhender la notion de préemption conventionnelle, pour ensuite voir si son assimilation au pacte de préférence est raisonnable, même s'il faut le rappeler ce dernier aurait dû avoir droit à plus de considération.

Droit d'être préféré à d'autres pour l'acquisition d'un bien ; Le terme préemption désigne la « faculté conférée par la loi ou par la convention à une personne d'acquérir, de préférence à toute autre, un bien que son propriétaire se propose de céder³⁸, en se portant acquéreur de ce bien dans un délai donné, en général aux prix et conditions de la cession projetée³⁹ ». Cette conception classique du droit de préemption insiste, conformément à l'étymologie, sur le fait qu'il est en principe prévu pour jouer alors que la vente du bien est seulement projetée. Selon les circonstances dans lesquelles elle doit porter ses fruits, une même préférence, qu'elle soit conventionnelle ou légale, peut ainsi conférer à son titulaire le pouvoir de former la vente avant les autres. De telles prérogatives n'ont pas manqué de provoquer des réactions qui montrent bien que l'on est en présence d'un mécanisme qui relève tout autant du droit des contrats que du droit des biens. L'accord de volontés générateur d'obligations qui est primordial dans la préférence, fait donc de ce dernier un véritable contrat soumis au droit des contrats. En ce qui concerne le droit des biens, l'objet même de la préemption porte sur un bien. Les droits de préemption désignent les personnes qui doivent plus facilement que d'autres accéder à la propriété d'un bien. C'est la rareté inhérente à la notion de bien⁴⁰ qui justifie au premier plan la mise en place d'un mécanisme

³⁸ Définition concordante avec les dispositions de l'al.1 de l'art. 318 COCC: « Quelle qu'en soit la source, le droit de préemption donne à une personne la faculté de se porter acquéreur d'un bien de préférence à toute autre».

³⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique Capitant*, 2008, LGDJ, vo *Préemption*, cité par G. PILLET, *Préemption et Retraits*, Mars 2010.

⁴⁰ Du latin bene, le bien désigne selon le dictionnaire LAROUSSE « Une chose matérielle ou un droit susceptible de faire partie d'un patrimoine ». Le bien peut aussi être compris comme ce qui est utile, nécessaire, profitable à quelqu'un ou à quelque chose.

préférentiel. L'impossibilité de satisfaire les besoins de chacun au moyen d'une appropriation, suscite une rivalité qui rend nécessaire le choix d'un acquéreur à l'exclusion des autres ; un choix que vient précisément orienter les droits de préemption. Les droits de préemption qui portent sur un immeuble en constituent l'illustration la plus classique.

Ainsi, le droit de préemption est soit légale, soit conventionnel. Lorsqu'il est légal, c'est le législateur qui le consacre directement par une disposition législative. En droit sénégalais on prendra l'exemple du Crédit-bail, qui est un contrat dans lequel le crédit preneur⁴¹ a le droit de préemption grâce à l'option d'achat qu'il détient, sur l'acquisition du bien à la fin du contrat de location⁴². Pour le droit français, on a entre autre l'exemple de la loi n° 75-1351 du 31 décembre 1975 et 89-462 du 6 juillet 1989, facilitant l'accès pour un locataire à la propriété de son logement. La légalité d'un droit de préemption tient en outre du caractère constitutionnel du droit sur lequel il porte en général ; qui est le droit de propriété. Sachant que le droit de propriété est un droit garanti par la constitution⁴³, le législateur essaie donc de protéger un intérêt général à travers les droits légaux de préemption.

Ensuite, on a le droit de préemption conventionnel, au premier rang de laquelle figure le pacte de préférence que tous les auteurs rapprochent, à des degrés divers, du droit de préemption. Le pacte de préférence peut être défini comme le contrat par lequel le propriétaire d'une chose s'engage, au cas où il la vendrait, à donner la préférence au bénéficiaire du pacte s'il paie le même prix que celui qu'offrent d'autres personnes intéressées⁴⁴. Le droit issu du pacte « s'apparente à » un droit de préemption⁴⁵ ou constitue « une "sorte" de droit de préemption⁴⁶ ». À suivre le vocabulaire H. CAPITANT, il est en effet indifférent que la faculté d'acquérir de préférence à tout autre soit attribuée par le contrat plutôt que par la loi, même si comme pour les droits de préemption, le pacte de

⁴¹ « Le crédit-preneur désigne la personne qui acquiert le droit de détention et de jouissance du bien en vertu d'un contrat de crédit-bail », art. 2 de la Loi n°2012-02 du 03 janvier 2012 sur le crédit-bail au Sénégal.

⁴² Art. 28 de la Loi n°2012-02 du 03 janvier 2012 sur le crédit-bail au Sénégal.

⁴³ Art. 15 de la constitution du Sénégal du 7 janvier 2001: « Le droit de propriété est garanti par la présente Constitution. Il ne peut y être porté atteinte que dans le cas de nécessité publique légalement constatée, sous réserve d'une juste et préalable indemnité. L'homme et la femme ont également le droit d'accéder à la possession et à la propriété de la terre dans les conditions déterminées par la loi ».

⁴⁴ PH. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 3e éd., Defrénois, n°143, op. cit, note 10.

⁴⁵ F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 7e éd., D., p.67.

⁴⁶ P.H. ANTONMATTÉI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 6e éd., 2008, Litec, no 28.

préférence se comprend comme une restriction à la liberté de choisir son contractant et non comme une restriction à la liberté de disposer⁴⁷. Le droit de préférence qui résulte du pacte de préférence répond à un besoin identique et présente la même structure. Son origine conventionnelle lui interdit simplement de rayonner aussi facilement que les droits légaux de préemption.

Pour certains auteurs, le pacte de préférence est classiquement défini comme un droit conventionnel de préemption⁴⁸. Il ne faut pas y voir une simple image aux vertus pédagogiques, mais le signe d'une véritable parenté. Ainsi pour Frédéric ROUVIER, par analogie,⁴⁹ l'évolution du pacte de préférence en jurisprudence tend à aligner son régime sur celui des droits légaux de préemption. Cette tendance facilite indéniablement l'analyse du pacte de préférence. Dès lors, si le pacte relève de la liberté contractuelle, ceux qui exercent cette liberté et ceux qui tranchent les litiges auxquels ce contrat donne lieu, empruntent beaucoup au modèle que représente le droit de préemption.

En définitive, la parenté entre le pacte de préférence et le droit de préemption conventionnel est à telle enseigne qu'on assimilerait le pacte à un droit de préemption conventionnel car étant une forme conventionnelle de préemption.

Cependant, malgré cette similitude, le pacte de préférence est d'abord et avant tout un contrat à part entière, duquel ressort le droit de préemption. Par conséquent, la logique voudrait que de la définition du pacte ressorte le droit de préemption et non le contraire car, cette dernière est la conséquence du premier. Par ailleurs, le législateur sénégalais n'ayant pas été assez clair dans la définition du pacte de préférence, se rend la tâche plus facile dans l'établissement du régime juridique de ce dernier, en le soumettant aux règles sur les promesses de vente.

⁴⁷ F. ROUVIER, « Le pacte de préférence rapproché des droits de préemption », Paru dans le Defrénois 2012, n°12, art. 40531, p.629-633.

⁴⁸P. VOIRIN, « Le pacte de préférence », JCP 1954. I. 1192, n° 5.

⁴⁹ J-L. BERGEL, « Méthodologie juridique », PUF, Thémis, 2001, p.244 : « le raisonnement par analogie, souvent appelé « argument à *pari* » consiste, dans le silence de la loi, à déduire d'une ressemblance entre deux choses, deux droits, deux situations, une similitude de régime juridique », Cités par F. ROUVIER, « Le pacte de préférence rapproché des droits de préemption », op. cit, note.42.

PARAGRAPHE II : La soumission du pacte aux règles sur les promesses de vente

En droit sénégalais, le siège des avant-contrats au sein du COCC est l'article 319. Cet article dispose que « *Le droit de préemption d'origine conventionnelle résulte du pacte de préférence. Ce pacte est soumis aux règles des promesses de vente* ». De par cette disposition, on peut entrevoir que le pacte de préférence, contrat innomé n'est régi par aucunes règles particulières. Mais, la chose est assez étonnante toutefois, car on se demande si le pacte de préférence ne constituerait-t-elle pas une figure contractuelle homogène à laquelle s'érigerait une réglementation très précise⁵⁰ ?

Dès lors, la soumission du latin *submissio* voire soumettre, renverrait à l'action de se soumettre, de se ranger sous l'autorité de quelqu'un ou de quelque chose. Appliquée aux pactes de préférence, le législateur sénégalais laisse entrevoir que le pacte est donc disposé à obéir aux règles sur les promesses de vente. Ainsi, cette docilité du pacte amènerait à croire que promesse égale préférence. Or, même si toutes ces deux notions renvoient à l'idée d'engagement, pour à la fin conclure un contrat futur (A), l'engagement sur lequel porte la promesse et la préférence diffèrent (B).

A. Une unité de finalité de la promesse et de la préférence

Le pacte de préférence et la promesse unilatérale préparent la conclusion d'une vente future, en engageant, en principe unilatéralement, le propriétaire du bien. En effet, certains auteurs iraient même jusqu'à considérer le pacte de préférence comme étant une promesse unilatérale de vente conditionnelle⁵¹ ; même si presque tous les auteurs contemporains rappellent que le consentement du propriétaire à la vente est un élément essentiel de la promesse qui ne peut être érigée en une modalité de l'acte⁵².

La promesse et la préférence ont à la fois une ressemblance de forme mais également de fond. Pour ce qui est de la forme, ces deux avant-contrats sont d'abord et avant tout des contrats unilatéraux, ce qui veut dire qu'une seule personne est tenue d'une obligation même si les deux parties y consentent. Il faut donc un accord de volonté entre le

⁵⁰T. PIAZZON, « Retour sur la violation des pactes de préférence », RTD civ. 2009 p.433.

⁵¹PLANIOL, RIPERT et HAMEL, *Contrats civils*, vol. 1, 2e éd., 1956, no 184.

⁵²V. par ex. : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, op. cit. no 144, p. 93 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, op. cit, p.67.

promettant et le bénéficiaire dans les deux cas. Le bénéficiaire en acceptant le contrat de promesse ou le contrat de préférence ne fait que fixer l'offre mais s'il ne consent toujours pas au contrat définitif. Ainsi, son acceptation à la vente ne pourra être exprimée que lorsqu'il aura levé l'option. Ensuite, dans ces deux avant-contrats, la chose objet du contrat doit être déterminée. Ceci s'explique par le fait que la chose constitue un élément essentiel du contrat, il est donc nécessaire, lors de la conclusion d'un contrat ainsi que des contrats préparatifs, qu'elle soit déterminée⁵³ et qu'elle respecte certaines conditions⁵⁴. Enfin, la promesse et la préférence confèrent au bénéficiaire un droit de créance, un droit potestatif, du fait que de sa seule volonté il peut modifier unilatéralement une situation contractuelle.

En ce qui concerne le fond, la promesse et la préférence se ressemblent dans la mesure où elles se complètent et se confondent. Ainsi selon Christophe Paulin « préférence port promesse⁵⁵ ». Il soutient que deux stades sont à distinguer. Lors de la conclusion du pacte, la promesse est en germe. Lorsque survient l'intention de contracter, le pacte devient promesse, c'est la novation du pacte. En outre, ces avant-contrats ont tous deux le même contenu du fait qu'on y trouve le consentement d'une des parties au contrat, celle du promettant, et une offre. L'offre est ainsi « en germe dans le pacte de préférence, alors qu'elle est affirmée dans la promesse ». La survenance de la volonté de contracter donne au pacte toute son efficacité. A ce moment, le promettant se trouve bien engagé envers le bénéficiaire à contracter, par l'effet du pacte. L'on se trouve alors bien en présence d'une promesse unilatérale de contrat : le promettant s'était, par une convention, engagé à contracter, s'il souhaitait contracter. Il souhaite maintenant le faire. Son consentement au contrat est donc donné, en vertu d'un accord de volonté. Il s'agit donc bien d'une promesse unilatérale de contrat.

Techniquement, si l'on écarte le recours à la condition, c'est par la novation que pourrait se produire cette mutation. L'intention de nover étant exprimée par le pacte lui-même, et subordonnée à l'intention de contracter.

Dans le pacte de préférence, le promettant s'engage uniquement dans l'hypothèse où il se décide de vendre, de proposer par préférence au bénéficiaire du pacte. A contrario, dans

⁵³ Art. 73 COCC « L'objet du contrat est fixé par la volonté des parties dans les limites apportées à la liberté contractuelle ».

⁵⁴ Art. 74 COCC « La prestation promise doit être possible et porter sur des choses qui sont dans le commerce. Elle doit être déterminée ou déterminable quant à son espèce et à sa quotité. Elle peut porter sur des choses futures ».

⁵⁵ C. PAULIN, « Promesse et préférence », RTD Com. 1998 p. 511.

la promesse le promettant donne d'ores et déjà son consentement au contrat. Le pacte comme la promesse reposerait sur une différence de degrés et non de nature, on peut voir ainsi au travers du pacte un « avant avant-contrat ».

Cependant, autonome par rapport aux tiers, la priorité reconnue par le pacte ne peut pas l'être par rapport au contrat futur qui en constitue le fondement. La préférence ne peut se concevoir par elle-même, le contrat futur en est le support obligé, mais il n'en constitue pas la finalité. Car, ce contrat futur n'est ni un contrat existant, ni un contrat dont le principe ou le contenu serait acquis. Il s'inscrit dans un futur possible et non, acquis. Ce futur est l'expression d'une éventualité, non d'une certitude⁵⁶.

Force est donc de percevoir que la particularité du pacte de préférence ne permet pas d'en définir la nature à partir de classifications traditionnelles. Seuls la priorité qu'il instaure et le contrat futur qui en constitue le fondement permettent d'en affirmer la singularité. C'est peut-être ce qui en fait « le parent pauvre des avant-contrats »⁵⁷.

B. Une dualité de mise en œuvre de la promesse et de la préférence

Le pacte de préférence et la promesse unilatérale de vente, bien qu'étant tous deux des contrats préparant un contrat futur⁵⁸, présentent des distinctions notables au niveau de leur mise en œuvre. Ainsi soutient Christophe Paulin « qu'entre préférence et promesse il existe la même différence qu'entre éventualité et décision ». L'engagement né de la promesse diffère de celle que fait naître la préférence du fait de la nature même de l'obligation du promettant.

En effet, par la préférence le promettant s'engage à accorder une priorité si jamais il se décide à contracter. Cette priorité s'exerce donc de façon éventuelle dans la mesure où le contrat sur lequel elle porte n'est qu'hypothétique. Or, dans la promesse unilatérale de vente, le promettant s'engage à conclure un contrat futur et donne d'ores et déjà son consentement au contrat projeté. Ce qui fait que les conditions de validité soient différentes. Ainsi, le pacte de préférence est très peu règlementé et est donc soumis au droit

⁵⁶Avis de M. SARCELET, Avocat général, tiré de [https://WWW.courdecassation.fr/jurisprudence/2/chambres mixte, 2740/SARCELET avocat8745.html](https://WWW.courdecassation.fr/jurisprudence/2/chambres_mixte,2740/SARCELET_avocat8745.html), Consulté le 29/01/2018 à 00h 04mn.

⁵⁷Note D. MAZEAUD, sous Civ 3^{ème}, D. 1997, Jurisp. P. 475.

⁵⁸ « Même si avec la promesse, le pacte est le plus fameux représentant de la catégorie des avant-contrats, pour peu que l'on ne réserve pas la qualification d'avant-contrat aux conventions qui obligent le promettant à conclure le contrat futur (en faveur de cette restriction, R. LIBCHABER, obs. sous Civ. 3e, 15 janv. 2003, no 01-03.700, Bull. civ. III, no 9, Defrénois 2003. 852, spéc. p. 853 et 854) », G. PILLET, « PRÉEMPTION ET RETRAITS », à des conditions déterminées (C. SAINT-ALARY-HOUIN).

des contrats. En effet, il n'exige ni la capacité, ni le pouvoir de disposer et même le prix de la chose n'a à être déterminé contrairement à la promesse.

Ensuite, toujours dans le cadre de la mise en œuvre, se pose le problème de la durée. Dès lors, il est nécessaire de s'entendre sur la notion de durée pour ce qui concerne le pacte de préférence. La durée dans le pacte de préférence, peut être comprise doublement ; selon que l'on traite de la durée du droit de préférence en elle-même ou celle du droit d'option qui se forme à partir d'une offre donnée. Concernant le délai d'option, la question n'est pas si préoccupante car, lorsque l'offre est émise par le promettant, on attend juste une réponse de la part du bénéficiaire de l'offre pendant le délai stipulé par les parties, afin que si cette dernière est négative, le promettant puisse retrouver sa liberté de conclure le contrat projeté avec le tiers. A l'absence de délai stipulé par les parties, la réglementation prévue pour l'offre de contrat par le droit commun s'applique et on attendra ainsi de la part du bénéficiaire une réaction dans un délai raisonnable⁵⁹. L'expiration du délai d'option rend caduque l'offre, mais n'atteint en rien la validité du pacte car, en effet, seul la conclusion du contrat avec un tiers à des conditions déjà proposées au bénéficiaire est en mesure d'éteindre le droit de préférence. Par conséquent, tant que le promettant n'aura pas conclu le contrat avec un tiers, toute nouvelle proposition de conditions de contracter doit d'abord être faite au bénéficiaire.

En outre, la difficulté se trouve au niveau de la détermination du délai de validité du pacte de préférence. Ainsi, dans le pacte de préférence on est en présence d'une application pleine et entière de la liberté contractuelle dans la mesure où les parties peuvent fixer ou non une durée. Mais lorsqu'aucune durée n'a été déterminée par les parties, si le promettant n'envisage pas de vendre, il ne se passe rien. Néanmoins, on se demande dans une telle situation, si le délai de prescription prévu par le droit commun serait applicable au pacte ?

En effet, ce délai ne commence à courir qu'à partir de la date à laquelle, l'action commence à courir⁶⁰, or en droit sénégalais, une action résultant d'un manquement au contrat peut être exercée à partir de la date à laquelle ce manquement s'est produit⁶¹. Ainsi, dans le pacte de préférence, le bénéficiaire est dans l'impossibilité d'agir tant que le

⁵⁹ Art. 213, al. 2 COCC « L'acceptation ne prend pas effet si cette indication ne parvient pas à l'auteur de l'offre dans le délai qu'il a stipulé ou, à défaut de stipulation, dans un délai raisonnable compte tenu des circonstances de la transaction et du moyen de communication utilisé par l'auteur de l'offre ».

⁶⁰ Art. 274 AU/DCG.

⁶¹ Art. 275, al. 1^{er} AU/DCG.

promettant n'a pas décidé de contracter. Dès lors, le pacte revêtirait-il un caractère imprescriptible lui gratifiant une certaine perpétuité ? Sauf si le contrat a été conclu intuitu personae, le promettant semble être tenu indéfiniment envers le bénéficiaire et ses héritiers. L'inconvénient demeure alors l'insécurité juridique. Ainsi, le doyen Carbonnier, il y a plus de cinquante ans, peinait déjà « à trouver satisfaisant, pour l'utilité sociale, un système où la propriété peut être grevée à perpétuité par volonté privée, d'un droit de préemption dont rien ne saurait l'affranchir⁶² »

Cependant, dans la promesse, un délai d'option est fixé⁶³, même si cette fixation du délai n'est pas indispensable à la validité de la promesse. Par hypothèse, tous les éléments de la vente sont déjà connus, seule la volonté du bénéficiaire fait encore défaut. Outre le bien objet du transfert, le prix est nécessairement fixé. Par ailleurs, le bien ne peut être indéfiniment immobilisé au profit du bénéficiaire. Ce serait porter une atteinte insupportable à la liberté de disposer du propriétaire. La promesse unilatérale de vente est donc nécessairement limitée dans sa durée. Ainsi, au terme du délai prévu, la promesse devient caduque si le bénéficiaire n'a pas levé l'option qui lui avait été offerte.

Dès lors, ce flou artisan du législateur sénégalais dans la réglementation des avant-contrats n'est pas cantonné au niveau du pacte de préférence. En effet, contrairement à ce qui s'est produit dans la réglementation du *pace*, on constate en fait une sur réglementation de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé lui valant également une incompréhension notoire.

SECTION II : La réglementation de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé

La sacralité de la terre au Sénégal en particulier et en Afrique en général, emporte sur les droits qui y sont attachés⁶⁴. Ainsi, comme tout contrat ayant une valeur économique élevée, la transaction immobilière est très souvent précédée d'un avant contrat. Dès lors, tous les avant-contrats peuvent intervenir dans les transactions immobilières, mais celui qui

⁶²J. CARBONIER, RTD. civ. 1959, Cités par S. LEQUETTE, « Réflexions sur la durée du pacte de préférence », RTD Civ. 2013 p.491.

⁶³ Art. 83 COCC « Celui qui s'engage à conclure un contrat est lié par sa promesse. Le bénéficiaire de la promesse doit lever l'option dans le délai prévu. Le contrat produit à ce moment tous ses effets ».

⁶⁴ M.N. MBAYE, « Les transactions immobilières au Sénégal, in De l'esprit du droit africain », Mélanges en l'honneur de Paul Gérard Pougoué, WoltersKluwers, 2013.op. cit. p. 541 et s.

Le professeur précise que « cette affirmation est valable dans toutes les civilisations, même si elle est à nuancer chez les populations nomades. Elle résulte d'abord de l'importance accordée au toit dans la stabilité d'un ménage et la sécurité d'une vie... ».

pose le plus de difficulté dans la réglementation au Sénégal demeure la promesse synallagmatique de vente. La promesse synallagmatique de vente peut être perçue comme un contrat préparatoire à la vente, en ce qu'elle constitue dans l'esprit des parties, une étape vers la conclusion de celui-ci.

Des lors, les difficultés liées à la réglementation de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble sont d'abord d'ordre rédactionnelle c'est-à-dire du point de vue syntaxique (paragraphe I) mais également des difficultés liées à l'autonomie de la promesse synallagmatique en tant que telle (paragraphe II) c'est-à-dire son existence.

PARAGRAPHE I : La rédaction de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble

Les dispositions du code servent à être appliquées. Mais pour pouvoir mettre en rapport ces derniers avec les faits, une interprétation se voit nécessaire dans la plupart des cas. Ainsi, on se rend compte des cas d'ambiguïté notionnelle (A) et de qualification (B) lorsque s'aventurent aussi bien doctrinaires⁶⁵ que juges⁶⁶, dans l'interprétation des dispositions relatives à la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculée en droit sénégalais⁶⁷.

A. Une ambiguïté notionnelle

Dans le droit sénégalais de la vente, la réglementation de la transaction immobilière semble être si cruciale que le législateur, après en avoir parlé dans les règles générales liées à la vente⁶⁸, a consacré tout un chapitre aux contrats relatifs aux droits réels portant sur des immeubles immatriculés⁶⁹. Cependant, cette ferme volonté de vouloir sécuriser à tout prix et par tout moyen ce domaine de la vente a conduit à une rédaction malaisée à interpréter

⁶⁵J-L. CORREA, « Contribution à l'étude de l'obligation de donner en droit sénégalais des obligations », *Annales africaines*, Déc. 2014, vol. 2, pp. 226-252; M.N. MBAYE, *Les transactions immobilières au Sénégal*, op. cit ; A. FAYE, « Le transfert de propriété dans la vente de l'immeuble en droit sénégalais », RDS, Université de Toulouse, Presses universitaires de Toulouse 1 Capitole, n°8, nov. 2009, p. 257 et s. ; B. Diallo, « Promesse sous seings privées de vente d'immeuble immatriculé ne vaut ? » *Obs sur C.S Sénégal* n° 79 du 16 juillet 2008, Aliou Bathily c/ Abdoul Diallo, op. cit., M. N. MBAYE, « Les transactions immobilières au Sénégal », p. 544.

⁶⁶ Affaire Aliou Bathily c/Abdoul Diallo du 28 mars 2001 au 16 juillet 2008, CS du Sénégal, Chambres réunies, n°11 du 19 juin 2012, CBAO c/express Transit, inédit.

⁶⁷ Cela prend en compte les articles 321, 322, 323, 382 et 383 du COCC.

⁶⁸ Art. 321, 322 et 323 COCC.

⁶⁹ Chapitre III « *Les contrats relatifs aux droits réels portant sur les immeubles immatriculés* » du Livre premier « *Les contrats translatifs de propriété* » de la Deuxième partie du COCC « *Des contrats spéciaux* »

du fait d'une « ambigüité notionnelle⁷⁰ ». Cette ambigüité apparait dans l'examen de l'article 382 COCC. Aux termes de ce dernier le législateur nous dit que : « *L'acte par lequel les parties s'engagent, l'une à céder, l'autre à acquérir un droit sur l'immeuble, est une promesse synallagmatique de contrat. Elle oblige l'une et l'autre partie à parfaire le contrat en faisant procéder à l'inscription du transfert du droit à la Conservation de la propriété foncière.* ». Compte tenu de cette conception, que faut-il vraiment entendre par le verbe « *parfaire*⁷¹ », quel contrat parfaire mais aussi comment le parfaire? Le législateur n'a pas du tout été clair sur la question, créant non seulement des controverses doctrinales mais fut également l'objet de pas mal de décisions au niveau de la cours suprême⁷².

D'emblée, puisque « *Toute science repose sur des présupposés qu'on ne peut jamais fonder par les sciences, mais qu'on peut en revanche fort bien déceler philosophiquement. Toutes les sciences ont leur fondement dans la philosophie, mais non pas inversement* »⁷³, la perception de la perfection d'un point de vue philosophique se voit nécessaire. L'idée de perfection n'a pris une réelle importance en philosophie que chez les modernes à partir de Descartes. On voit revenir très souvent dans les écrits de Platon et d'Aristote, les mots « parfait » et « perfection », mais ils y figurent pour ainsi dire, incidemment. L'idée qu'ils expriment n'est pas nettement dégagée et posée. Cependant, dans le fond, c'est la perfection que Platon place à l'origine des choses sous le nom du « Bien-Un » ; c'est en elle qu'il fait consister l'essence du vrai et du beau ; et il la conçoit comme étant tout à la fois la pureté, la plénitude et l'harmonie de l'Être. Est parfait, aux yeux de Platon, ce qui ne contient aucune contradiction, aucun mélange, ce qui est absolument un, mais non d'une unité vide et pauvre, ce qui enveloppe au contraire une riche pluralité d'attributs et de puissances, sous la seule condition de les faire s'accorder et se pénétrer tous ensemble au sein d'une compréhensive unité. Mais pour Emanuel KANT « toute idée de perfection implique le concept d'une fin qui détermine ce que doit être la chose. La beauté n'ajoute rien à la perfection, et la perfection n'ajoute rien à la beauté⁷⁴ ».

⁷⁰ M.N. MBAYE, « Les transactions immobilières au Sénégal », cité par J.L. CORREA, « Contribution à l'étude de l'obligation de donner en droit Sénégalais des obligations », op. cit, note 60.

⁷¹ Verbe composé de *Par* + *Faire*, cette recombinaison française a remplacé le latin *per-ficere* qui survit dans les dérivés comme *perfection*. Qui traduit l'idée d'une action menée « jusqu'au bout ».

⁷² C.S (ex. Cour de cassation) du Sénégal, arrêt n° 79 de 16 juillet 2008, Aliou Bathily c/Abdoul Diallo pj

⁷³ M. HEIDEGGER, *Qu'appelle-t-on penser ?*, trad. franç, PUF Quadrige 2e éd. 1999, p. 143.

⁷⁴ E. KANT, *Des Prolégomènes aux Écrits de 1791 Cuir/luxe*, Œuvres philosophiques, tome 2, 11 janvier 1985.

Dès lors, en se référant au dictionnaire français LAROUSSE, *parfaire* signifierait mener quelque chose à son complet développement. C'est donc achever, compléter quelque chose en sorte qu'il n'y manque rien. La perfection serait alors la phase terminale d'un processus quelconque. Transposer dans le domaine du droit des contrats, plus précisément dans les transactions immobilières elle pose beaucoup d'interrogations. En effet, lorsque le législateur nous dit qu'« ...Elle oblige l'une et l'autre partie à parfaire le contrat en faisant procéder à l'inscription du transfert de droit à la conservation de la propriété foncière⁷⁵ », on se demande de quel contrat s'agit-il ? En effet, si la vente immobilière est précédée d'un avant-contrat, or l'avant-contrat est certes une promesse de contrat mais reste et demeure un contrat de promesse⁷⁶ alors, on serait en présence de deux contrats. Le caractère contractuel de l'avant-contrat est clairement établi par le législateur dans le COCC, notamment en précisent l'accord, la chose et le prix⁷⁷. Il s'agit en effet d'un contrat consensuel⁷⁸. On est donc en présence de deux contrats créant une ambiguïté dans la détermination des conditions de formation. Ainsi, le formalisme s'appliquera-t-il aux deux contrats ou bien à un seul d'entre eux ?

Pour certains auteurs tel que le Professeur Mayatta NDIAYE MBAYE, le contrat dont parle le législateur est le contrat définitif, le contrat préparé. La perfection du contrat serait l'inscription au livre foncier⁷⁹. Selon lui, « le titre foncier établie à l'issue de la procédure d'immatriculation est un acte définitif et inattaquable qui constitue le point de départ unique de tous les droits réels existant sur l'immeuble au moment de l'immatriculation⁸⁰ ». Donc tout acte ou autre droit réel sur l'immeuble ne pourra trouver son effectivité qu'après inscription au livre foncier, constituant dès lors l'achèvement des

⁷⁵ Art. 382 alinéa 2 COCC.

⁷⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, Op site J.L. CORREA, « Contribution à l'étude de l'obligation de donner en droit sénégalais des obligations », *Annales africaines*, Dec.2014, vol.2, pp.226-252.

⁷⁷ Art. 323 COCC : « La promesse synallagmatique est celle par laquelle les deux parties sont d'accord, le vendeur pour acheter, l'acheteur pour acheter une chose déterminée pour un prix fixé ».

⁷⁸ Art. 41 COCC « Aucune forme n'est requise pour la formation du contrat, sous réserve de dispositions exigent un écrit ou d'autres formalités pour la validé d'un contrat déterminé ». Ce qui laisse entrevoir que le consensualisme est le principe en matière contractuelle et l'exception serait la solennité.

⁷⁹ « L'inscription au livre foncier est donc une condition de perfection de toute transaction immobilière. », en se fondant sur l'article 382 du COCC et 46 de la loi n°2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière, V.M.N. MBAYE, « Les transactions immobilières au Sénégal », P. 527, Op. cit.

⁸⁰ Art. 381 du COCC et 42 de la loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière, cité par M.N. MBAYE, « Les transactions immobilières au Sénégal », P. 527, op.cit.

actes sur un immeuble. Par conséquent, la perfection s'appliquerait au contrat final qui seul est en mesure d'être perfectionné.

Dès lors, dans la mesure où dans l'article 383 COCC, le législateur dispose que « *Le contrat doit à peine de nullité absolue être passé par devant notaire territorialement compétent sauf dispositions législatives ou réglementaires contraires.* » ; Or, comme le soutient le professeur MBAYE, la perfection achève le processus, alors le processus ne peut s'achever, c'est à dire l'acte ne peut être inscrit au livre foncier sans au préalable passer par la phase notariale. Dans ce cas on se demande à quel moment doit intervenir l'acte notarial ? Mais à suivre la logique du professeur MBAYE, cette phase ne peut faire partie de la phase de perfectionnement du contrat, mais entre dans la période de la promesse qui devient alors solennelle.

Cependant, un autre sens pourrait être donné à la perfection. Ainsi le Professeur Boubacar DIALLO soutient la thèse selon laquelle ce qui est parfait, c'est « ce qui est fait jusqu'au bout, totalement ». En matière immobilière, l'avant-contrat ne va pas jusqu'au bout, donc il n'est pas un acte parfait, il s'agit d'un acte préparatoire. Pour aller jusqu'au bout, il faudrait passer l'acte de vente devant notaire, pour assurer la formation du contrat⁸¹. En interprétant une jurisprudence⁸² sur la question, il en est venu au fait que « la conclusion des actes relatifs à un immeuble immatriculé, notamment d'une promesse, compte parmi les exceptions du consensualisme, même si cela ne résulte pas, de manière univoque, de la loi ». Ainsi, cette ambiguïté notionnelle provenant du fait que le législateur utilise de façon indifférente certaines notions tels que « contrat », « acte » ou encore de « promesse synallagmatique », la favorise dans la détermination de la nature de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé. Pour le professeur Boubacar DIALLO, le contrat est formé conformément à l'article 322 COCC mais sa perfection, sur laquelle se base les obligations qu'il génère, ne sera exécutée que si la formalité de l'inscription au titre foncier est effectuée⁸³.

En outre, si ce qu'on lit n'est pas limpide, notre capacité à la concevoir est moindre. Ainsi, l'ambiguïté notionnelle du législateur dans son code rend difficile la qualification de

⁸¹ J-L. CORREA, « Contribution à l'étude de l'obligation de donner en droit Sénégalais des obligations », op. cit

⁸² C.S Sénégal n°79 du 16 juillet 2008, Aliou Bathily c/ Abdoul Diallo, op. cit.

⁸³ A. FAYE, « Le transfert de propriété dans la vente de l'immeuble en droit sénégalais », RDS, Université de Toulouse, Presse universitaire de Toulouse 1 Capitole, n°8, novembre 2009 ; p.257 et s.

la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé. Ce qui induit en une doctrine assez controversée sur la question mais également un acharnement jurisprudentiel remarquable.

B. Une ambiguïté de qualification

En le définissant comme un accord de volonté générateur d'obligation⁸⁴, le législateur sénégalais met en avant l'importance du consentement dans un contrat. Le consentement devient l'élément primordial dans la conclusion d'une convention. Ceci se confirme dans le code, car après avoir défini le contrat à l'article 40, le législateur expose ces conditions de formation à l'article 41, où il fait du consensualisme le principe et de la solennité une exception⁸⁵. Consensualisme sera l'opposé de la solennité dans un contrat. Mais qu'en est-il des transactions immobilières ?

Après avoir fait l'objet d'âpres débats entre les juges, lui valant une quantité innombrable de jurisprudence, la qualification de la promesse synallagmatique de vente n'a pas pu échapper à l'engouement de la doctrine. Dès lors, la promesse synallagmatique est un avant-contrat, c'est donc une phase préparatoire d'un contrat futur. Mais quelle qualification lui est accordée lorsqu'il précède un contrat solennel ? Là réside le problème. Ainsi, une série de décisions a été rendu en la matière. D'abord, le tribunal hors classe de Dakar a rendu deux décisions⁸⁶ dans lesquelles les juges ont été favorables à la forme notariale de la promesse synallagmatique en matière immobilière. Dans ces dites décisions, les juges déclarent nul et de nullité absolue l'acte sous seing privé qui a été signé entre les parties pour matérialiser leur promesse synallagmatique et déclarent que cet acte ne peut en aucun cas être utilisé pour la perfection de la vente. Ces décisions seront appuyées par la cour d'appel de Dakar qui dans le même sens rendra deux arrêts⁸⁷, pour rebondir sur les pas des juges du tribunal et qualifie de vente la promesse synallagmatique en exigeant par conséquent l'intervention du notaire pour qu'elle soit valide. Cette position est fortement soutenue par le professeur Boubacar DIALLO dans ses notes d'observation sur l'arrêt n°79

⁸⁴ Art. 40 COCC.

⁸⁵ Art. 41 COCC « Aucune forme n'est requise pour la formation du contrat, sous réserve des dispositions exigeant un écrit ou d'autres formalités pour la validité d'un contrat déterminé ».

⁸⁶ TRHCD, 6 septembre 1997 inédit et jugement n° 2125, 12 décembre 2006 inédit, cité par M.N. MBAYE, « Les transactions immobilières au Sénégal », op. cit, p.541.

⁸⁷ C.A. Dakar, arrêt n°474, 17 août 2011, inédit et C.A. Dakar, arrêt n°875, 15 décembre 2006, inédit, cité par M.N. MBAYE, « Les transactions immobilières au Sénégal », ibid.

de la cour suprême du Sénégal en précisant que « la conclusion d'un acte relatif à un immeuble immatriculé, notamment d'une promesse, compte parmi les exceptions au consensualisme, même si cela ne résulte pas, de manière univoque de la loi.⁸⁸ ». Selon cette décision de la cour, « La vente et la promesse synallagmatique de vente d'un immeuble immatriculé, ainsi que la procuration donnée pour conclure de tels actes doivent, à peine de nullité absolue, être passées par devant notaire ». Ainsi, la sanction face au non-respect de la forme notariale sera la nullité absolue. Cette dernière est affirmée expressément par le législateur uniquement pour le contrat de vente, mais le juge de la cour suprême l'a étendu à la promesse. Il tente ici de privilégier non seulement la protection des parties mais également de contrôler les transactions immobilières au détriment du respect de la parole donnée qui selon le professeur DIALLO fonde la force obligatoire du contrat. Cependant, l'auteur s'interroge sur cette rigueur autour d'un acte préparatoire, car il soutient qu'en effet la privation des promesses synallagmatiques de vente d'immeuble de tout effet lorsqu'elles sont passées sous signature privée aurait tendance à remettre en cause la sécurité des transactions immobilières en fragilisant la force obligatoire des conventions⁸⁹.

Pour le professeur Amadou FAYE, « la promesse est librement consentie. Son existence repose donc sur le consentement des parties : c'est la traduction pure et simple de la règle du consensualisme⁹⁰ ». Mais il vient ensuite se contredire pour affirmer qu'« on ne peut, en effet, soumettre le contrat à la rédaction d'un acte notarié, et ne pas en faire autant pour la promesse qui en constitue le socle ». Il soutient que ça serait mal aisé de comprendre qu'un acte sous seing privé puisse permettre le transfert de propriété au titre foncier alors que la mutation n'est possible que si l'acheteur a en sa possession un acte notarié. Par conséquent, la promesse suivrait le contrat définitif dans son formalisme⁹¹. Le non-respect de ce formalisme pendant toute la période allant de l'avant contrat au contrat

⁸⁸ B. DIALLO, « Promesse sous seing privé de vente d'immeuble immatriculé ne vaut ? », Obs. sur CS Sénégal n°79 du 16 juillet 2008, Aliou Bathily c/ Abdoul Diallo, Revue Droit et Ville n° 79/2011, op. cit, p.10

⁸⁹ « Il devient plus facile de se délier d'un engagement pris dans le cadre d'une promesse de vente d'immeuble au motif que la promesse ou la procuration établie en vue de la conclure n'a pas été faite par devant notaire » ajoute B. DIALLO dans ses observations.

⁹⁰ A. FAYE, « Le transfert de propriété dans la vente de l'immeuble en droit sénégalais », op. cit, p.257 et s.

⁹¹ Tribunal d'instance de Dakar n°2113 du 15 juillet 1983, DIOUF c/NDIAYE, Cour d'Appel de Dakar, 10 septembre 2004, Christine TESSIER BOYER c/ La société anonyme Saly Ressort Compagny, cités par A. FAYE, « Le transfert de propriété dans la vente de l'immeuble en droit sénégalais », ibid.

définitif serait « ruiner la politique menée par le législateur en matière immobilière ». C'est dans ce sens que s'inscrit l'arrêt de la cour de cassation de 2012. Dans cette affaire opposant Express Transit c/ CBAO⁹², la CBAO s'oppose à la perfection de la vente au motif que les différentes transactions intervenues entre elle et la compagnie Express Transit ne valent pas promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé car n'ayant pas fait l'objet d'un acte notarié. Le juge va sur la question relative à la forme de la promesse, affirmer que « l'article 382 COCC n'exige aucune forme pour la validité de la promesse synallagmatique de contrat »⁹³. Mais également que la promesse oblige les parties à seulement passer devant un notaire pour la réalisation du contrat et non pas à transférer une quelconque propriété.

Cependant, le professeur Mayatta .N.MBAYE analyse la chose sur un autre angle. En effet, il raisonne dans le contexte du droit immobilier qu'il considère comme spécial. Ainsi, il défend la position selon laquelle, dans les transactions immobilières, le consensualisme tel que résultant de l'article 41 du COCC est écarté en raison de l'exigence d'une forme ou d'une formalité particulière. Pour lui, le domaine de l'immobilier est l'un des rares domaines où le législateur s'intéresse et exige, de façon expresse, une période précontractuelle. Il aborde la question d'abord sur le plan sociologique, en justifiant l'exigence de l'acte authentique par « l'analphabétisme » et « l'illettrisme » des populations. L'intervention du notaire pour l'accomplissement des formalités nécessaires à la réalisation des transactions immobilières ne sera alors que dans l'unique intérêt des populations dans la mesure où cela tant à sécuriser ce domaine si sensible. Sur le plan économique, l'auteur soutient que si l'acte sous seing privé était admis en matière de transaction immobilière, le refuge des parties serait les agents d'affaires qui en effet ont des services assez coûteux. Et sur le plan sécuritaire, les multiples litiges présents devant les tribunaux en la matière justifient du danger lié au recours à des actes sous seing privés et la clarté et sécurité que procure le recours au service notarial. Le professeur MBAYE suit la logique selon laquelle, en tant que contrat solennel, la transaction immobilière reste objectivement un avant-contrat tant que la publicité foncière n'a pas été accomplie. En effet, la perfection étant un acte définitif qui ne peut être faite que sur un acte notarié alors,

⁹² Compagnie bancaire de l'Afrique Occidentale (CBAO) c/ La société Express Transit S.A et autres, arrêt n° 21 (inédit), cité par A. FAYE, « Le transfert de propriété dans la vente de l'immeuble en droit sénégalais », op. cit, p257 et s.

⁹³A. FAYE, « Le transfert de propriété dans la vente de l'immeuble en droit sénégalais », ibid.

la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé ne peut qu'être notariale. Ce raisonnement équivaut en une reconnaissance légale de l'exigence de la forme notariée de l'avant-contrat en matière de transaction immobilière. La loi n'exige donc pas un autre acte valant contrat définitif. Ainsi, pour lui, en matière de transaction immobilière, l'avant-contrat se mue en contrat définitif. Par conséquent, l'inobservation de la forme notariale dans la promesse synallagmatique de vente d'immeuble est sanctionnée. Ces sanctions sont d'après lui des inconvénients liés à la perfection du contrat de vente. En effet, lorsque l'avant-contrat dans une transaction immobilière est fait sous la forme sous seing privée alors ce dernier devra faire face à un double formalisme⁹⁴. Les parties devront procéder à l'établissement d'un acte authentique pour avoir un avant-contrat « parfait » et l'inscription de la transaction au livre foncier pour avoir un contrat « parfait ». Ainsi, au lieu d'un seul acte, on aura deux actes pour une seule transaction. Dès lors, la dramatisation outrancière du débat et le caractère épidermique de la réaction doctrinale s'explique par le fait qu'un point névralgique ait été touché. Car en effet, le domaine foncier est très sensible au Sénégal d'un point de vue sociologique et anthropologique.

Cependant, force est de constater cette fâcheuse difficulté qui anime tout aventurier dans la lecture et la compréhension des dispositions du code. Cette difficulté de compréhension causée par le manque de clarté et de précision du législateur dans le domaine de la promesse synallagmatique en matière immobilière, nous pousse à nous interroger sur la nature véritable de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé mais également sur les possibles sanctions en cas d'inexécution. En somme l'autonomie de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble en elle-même est problématique.

PARAGRAPHE II : L'autonomie de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé dans le COCC

La promesse synallagmatique de vente n'est une vente parfaite que lorsque le contrat qu'elle prépare est un contrat consensuel⁹⁵. Cependant, même si la vente est « parfaite » avec l'échange des consentements, le transfert de propriété en droit sénégalais

⁹⁴ Ici le professeur M.N. MBAYE parle de « *double perfection* » et perçoit la notion de perfection ici au sens large, l'article 382 ne retenant comme formalité de perfection que la publicité foncière.

⁹⁵ Art. 323 COCC.

ne s'opère pas *solo consensu*⁹⁶. Ainsi, l'obligation de donné ne s'exerce qu'au moment de la délivrance de la chose⁹⁷. C'est en effet à partir de ce moment que l'acheteur acquiert des droits sur la chose⁹⁸ objet du contrat. Dès lors, l'acheteur sera tenu de payer le prix et le vendeur de délivrer la chose. Mais lorsque le contrat projeté est un contrat solennel et que par conséquent la promesse synallagmatique impose non pas une simple obligation de délivrance mais plutôt une obligation d'accomplissement de certaines formalités, on se demande alors de quelle obligation s'agit-il ; « Faire » ou « donner » (A) ? Et c'est de la détermination de ladite obligation, que dépendra celle de la sanction de l'inexécution de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble(B).

A. La détermination de l'obligation en cause : faire ou donner

La distinction entre les obligations de donner, de faire et de ne pas faire constitue classiquement la *summa divisio* au sein des objets possibles des obligations. L'obligation de faire consiste en l'exécution d'une prestation positive : l'action de faire quelque chose. Consacrée par le législateur sénégalais à son Article 3 COCC⁹⁹. Dans la trilogie des obligations¹⁰⁰, l'obligation de faire venu du latin *facere* qui ne signifie rien d'autre que faire quelque chose, occupe une place singulière, aimée et bien nommée¹⁰¹ reconnue de surcroît¹⁰², contrairement à l'obligation de donner¹⁰³. Cette dernière consiste en un transfert

⁹⁶ Art. 276 COCC.

⁹⁷ Art. 276 al. 2 « L'exécution de l'obligation de délivrance assure le transfert de la propriété de la chose à l'acquéreur ».

⁹⁹ Art. 3 COCC « Le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire doit exécuter complètement son obligation. A défaut, il est tenu à réparation. Le juge peut en outre ordonner la destruction de ce qui aura été fait contrairement à l'obligation ».

¹⁰⁰ Le professeur J.L. CORREA fait référence ici à l'art. 3 COCC.

¹⁰¹J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la male nommée, la mal aimée », in études J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 2001, p. 425, Cités par J.L. CORREA, « L'exécution forcée des obligations de faire en droit sénégalais : glose des articles 6, 105, 194 et suivants du Code des obligations civiles et commerciales », p.2.

¹⁰²J. L. CORREA, « Contribution à l'étude de l'obligation de donner en droit sénégalais des obligations », in Nouvelles Annales africaines, Déc. 2014, vol. 2, pp. 226-252, op. cit. p. 226, Cités par J.L. CORREA, L'exécution forcée des obligations de faire en droit sénégalais : glose des articles 6, 105, 194 et suivants du Code des obligations civiles et commerciales, ibid.

¹⁰³M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », RTD civ. 1996, p. 85 ; A. S. COURDIER-CUISINIER, Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner, RTD civ. 2005, p. 521 ; D. TALLON, « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », D. 1992, p. 68 ; Pour des développements détaillés de la notion d'obligation de donner. V. N. PRYBYS-GAVALDA, « La notion d'obligation de

de propriété¹⁰⁴ qui, lorsqu'il s'agit du droit français s'opère dès l'échange des consentements. En effet, l'obligation de donner vient de *donare* qui signifie transférer la propriété. Selon certains auteurs, l'obligation de donner viserait en réalité plus largement tout transfert de droit réel sur une chose¹⁰⁵. Ainsi en droit sénégalais l'obligation de donner se traduit par la délivrance de la chose¹⁰⁶ par conséquent, le transfert de propriété coïnciderait avec le transfert des risques. La délivrance dans un sens large signifie l'action de délivrer, de remettre quelque chose dans les mains de quelqu'un. Selon le dictionnaire juridique la "délivrance" est l'opération juridique par laquelle une personne transfère un bien ou un droit à une autre, elle a lieu indépendamment de l'opération purement matérielle. Cette opération matérielle qui peut soit, être concomitante de la remise matérielle, soit avoir lieu après la délivrance juridique (remise des clefs après la signature du bail), s'exprime par différents vocables, mais avec quelques nuances, tels que "livraison", "transfert" "remise", "dation" (exemple : dation en paiement), ou "réception"¹⁰⁷. En droit sénégalais, la délivrance emporte non seulement transfert de droit réel de propriété mais également d'un démembrement du droit de propriété, ce qui la différencie du droit français où l'on considère la délivrance comme une simple opération matérielle de transport de la chose en la puissance et possession de l'acheteur¹⁰⁸. Appliqué aux transactions immobilières, la délivrance prend une forme assez particulière, car assujettie à une formalité de publicité foncière¹⁰⁹.

donner », th. Montpellier I, 1987 ; S. VICENTE, « L'activité en tant que bien. Réflexions sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner », th. Grenoble II, 1999, Cités par J.L. CORREA, « L'exécution forcée des obligations de faire en droit sénégalais : glose des articles 6, 105, 194 et suivants du Code des obligations civiles et commerciales », *ibid.*

¹⁰⁴ Art. 5 COCC « Le créancier acquiert le droit sur la chose au moment de la délivrance, seul volonté contraire des parties et sous réserve des dispositions particulières à la propriété foncière et aux meubles immatriculés. »

¹⁰⁵ Cf. P.-F. Girard, *op. cit.* p. 472, selon lequel *dare* consiste « dans une translation de propriété ou une constitution de droit réel », Cités par M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *op. cit.*, p.2.

¹⁰⁶ Art. 5 COCC « Le créancier acquiert le droit sur la chose au moment de la délivrance, seul volonté contraire des parties et sous réserve des dispositions particulières à la propriété foncière et aux meubles immatriculés ».

¹⁰⁷ <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/delivrance.php>, consulté le 14 avril 2018 à 11h 11mn

¹⁰⁸ Art. 1604 du Code civil, Cités par J.L. CORREA, *Contribution à l'étude de l'obligation de donner en droit sénégalais des obligations*, Revue Annales africaines, Déc. 2014, vol. 2, pp. 226-252.

¹⁰⁹ Cf. art. 277, al. 2 du COCC. L'inscription est soumise aux dispositions des art. 130 et suivants du décret juillet 1932, JO Afrique occidentale française du 22 avril 1933, p. 426 s, Cités par B. DIALLO, « Promesse sous seing privé de vente d'immeuble immatriculé ne vaut ? », Obs sur CS Sénégal n°79 du 16 juillet 2008, Alou Batilly c/ Abdoul Diallo, *op. cit.*, p.14.

Dans le COCC, on nous dit que la promesse synallagmatique « oblige l'une et l'autre partie à parfaire le contrat en faisant procéder à l'inscription du transfert du droit à la Conservation de la propriété foncière ». Ces propos créant des atermoiements aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence, sous-entendent que l'obligation née de la promesse synallagmatique est la « perfection du contrat ». Cette perfection, selon le professeur M.N. MBAYE n'est rien d'autre que l'inscription au livre foncier. A suivre la logique de ce dernier par rapport à l'article 382 COCC, l'obligation née de la promesse serait une obligation de donner car l'inscription au livre foncier rend effectif le transfert de propriété en permettant l'acquisition de droit réel sur l'immeuble¹¹⁰. En effet, pour le professeur MBAYE, dans une transaction immobilière la promesse ne peut se délier du contrat définitif, réfutant ainsi la thèse de l'autonomie de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble.

Pour le Professeur CORREA, en faisant de l'obligation de délivrance une obligation distincte ou mieux le mode d'exécution de l'obligation de donner, le législateur sénégalais crée une obligation seconde, différente. Cette obligation, dont l'inexécution peut être sanctionnée, est une véritable obligation de donner et non une obligation de faire¹¹¹.

Mais si la perfection du contrat est prise dans le sens d'un « produit fini », c'est-à-dire l'achèvement d'un long processus, or la promesse synallagmatique ne va pas jusqu'au bout, par conséquent l'obligation née de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble sera une obligation de faire car la perfection concernera uniquement le contrat définitif, chose qui ne peut se faire sans l'obtention d'un acte notarié. Ainsi, parfaire consisterait d'abord à l'élaboration de l'acte de vente sous forme notariale avant de procéder à la publicité foncière.

Pour la jurisprudence, les juges du fond¹¹² ont d'abord considéré que la promesse de contrat ne fait peser sur les parties qu'une obligation de faire et ne saurait à elle seule entraîner le transfert de la propriété des immeubles promis à la vente. Ainsi, dans l'affaire *Express Transit c/ CBAO*, les juges considèrent que la perfection du contrat ne peut

¹¹⁰ Art. 381 COCC « L'acquisition du droit réel résulte de la mention au titre foncier du nom du nouveau titulaire du droit ».

¹¹¹ J.L. CORREA, « Contribution à l'étude de l'obligation de donner en droit sénégalais des obligations », *op. cit.*, p.12.

¹¹²C.A. Dakar, arrêt n° 21 du 15 janvier 2004, inédit, Cités par J.L. CORREA, « Contribution à l'étude de l'obligation de donner en droit sénégalais », *op. cit.*

s'entendre que d'une obligation de faire. Dès lors, on ne saurait alors imposer l'inscription du droit au livre foncier par les soins du Conservateur de la propriété foncière. Mais cette décision¹¹³ de la Cour d'Appel de Dakar sera censurée par la cour de cassation au motif que le débiteur était bien tenu d'une obligation de donner et devait délivrer la chose en tenant compte des dispositions propres aux contrats spéciaux, des dispositions particulières à la propriété foncière et immeubles immatriculés¹¹⁴. La cour s'est basée sur la classification des obligations selon leur objet¹¹⁵, sur l'obligation de donner¹¹⁶ mais également sur l'exécution de l'obligation de donner par la délivrance pour rendre sa décision. Cependant, la cour va renvoyer les parties devant la cour d'Appel de Dakar autrement composée pour statuer à nouveau sur la même affaire et entre les mêmes parties. Sauf que, cette dernière va maintenir sa position de départ en réaffirmant que l'obligation qu'engendre la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé est une obligation de faire. Ainsi, la chambre civile va devoir saisir les chambres réunies de la cour de cassation devenue cour suprême qui rejette le pourvoi en ces termes ; « *mais attendu que, contrairement à la jurisprudence invoquée par le moyen, les dispositions des articles 321, 322, 323, 382 et 383 COCC n'exigent aucune forme particulière pour la validité de la promesse synallagmatique de contrat ou avant contrat qu'il faut distinguer du contrat, lequel, lorsqu'il s'agit d'un immeuble immatriculé, doit être passé, à peine de nullité absolue, par devant le notaire sauf dispositions législatives ou réglementaires contraires ; que la promesse synallagmatique de contrat oblige les parties à parfaire le contrat* ».

Cependant, la distinction traditionnelle entre faire, ne pas faire et donner n'est pas convaincante en ce que donner c'est faire quelque chose ou, dit en d'autres termes, un contractant ne peut s'obliger qu'à faire ou à ne pas faire quelque chose¹¹⁷. Une telle pensée de Manuel Fabre-Magnan est justifiée par le fait que tout ce à quoi un homme peut s'engager, ce qui dépend de sa volonté, est compris dans le mot « faire ». Pour lui l'obligation de « ne pas faire » pourrait même être incluse dans le « faire ». Cependant,

¹¹³ C.A. de Dakar, arrêt n°21 du 15 janvier 2004, *Expresse Transit c/CBAO*, inédit.

¹¹⁴ Cour de cassation du Sénégal (Ancienne), *La société Express transit c/La compagnie bancaire de l'Afrique occidentale*, arrêt N°19 du 16 Janvier 2008, Disponible sur http://www.coursupreme.sn/images/Juris/Civcom/BACS16/BACS16CIV_N19_16_01_2008.pdf consulté le 10 novembre 2014, Cités par J.L. CORREA, « Contribution à l'étude de l'obligation de donner en droit Sénégalais des obligations », *op. cit.*

¹¹⁵ Art. 3 COCC.

¹¹⁶ Art. 4 COCC.

¹¹⁷ M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *op. cit.*, p. 4.

entre obligation de faire ou de donner, on se demande quelle sanction appliquée en cas de violation de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble.

B. La sanction de l'inexécution de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble

La détermination d'une sanction dépend de la nature de l'obligation violée. Dans la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé, la sanction de l'inexécution n'est pas facile à percevoir aussi bien par la doctrine que par les juges car, étant la conséquence d'une rédaction assez ambiguë de cet avant contrat dans la réglementation des transactions immobilières. Cette sanction dépendrait aussi bien de la détermination de l'obligation en cause : faire ou donner, que de la forme de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé : notariale ou sous seing privé.

En effet, pour ceux d'entre les doctrinaires qui soutiennent que la promesse synallagmatique dans les transactions immobilières doit être notariale, la promesse synallagmatique faite sous-signature privé de vente d'immeuble immatriculé serait nulle de nullité absolue¹¹⁸. Une nullité que la cour justifie par le caractère d'ordre public des dispositions en cause.¹¹⁹ Mais aussi, certains auteurs tels que le professeur Boubacar DIALLO y voit « une prégnance de la volonté de l'autorité publique » de vouloir contrôler la validité de certains actes juridiques relatifs aux droits des personnes, de la famille et parfois de certains contrats à forte valeur économique. Et y ajoute que « la vente d'immeuble immatriculé n'échappe donc pas à la volonté de contrôle de la régularité de certains actes juridiques du fait de l'intérêt en cause ».

Concernant la jurisprudence, en 2004¹²⁰ la Cour d'Appel a retenu « *que la promesse de contrat ne fait peser sur la tête des parties qu'une obligation de faire et ne saurait, à elle seule, entraîner le transfert de la propriété des immeubles promis à la vente ; que l'inexécution de l'obligation du promettant doit être sanctionnée par l'allocation de dommages et intérêts au bénéficiaire de l'offre* ». La cour réaffirme le principe général de droit, « obligation de faire se résout par le paiement de dommages-intérêts », affirmation

¹¹⁸ Commentaire du professeur B. DIALLO sur la décision de la CS du Sénégal, Arrêt n°79 du 16 juillet 2008, op. cit .

¹¹⁹ B. DIALLO, « Promesse sous seing privé de vente d'immeuble immatriculé ne vaut ? », Observation sur CS. Sénégal n°79 du 16 juillet 2008, Aliou Bathily c/ Abdoul Diallo, op. cit, p.14.

¹²⁰C.A. Dakar, arrêt n° 21 du 15 janvier 2004, inédit.

qui, si on se base sur une lecture attentive COCC ne permet pas d'en déduire une quelconque consécration¹²¹. Dès lors, la jonction obligation de faire et dommages et intérêts ne rendrait-t-elle pas cet arrêt contestable, dans la mesure où l'on sait qu'en droit sénégalais ceci n'est pas une vérité absolue car demeure un principe¹²². Si l'on se réfère aux dispositions de l'article 6 COCC, le législateur fait intervenir la notion de « réparation ». Or, pour bien percevoir cette notion de réparation, il va falloir appréhender sa finalité. Dans son sens banal, la réparation évoque l'idée de compensation. En droit, il s'agira de compenser un dommage subi en octroyant l'équivalent et, dans ce cas, on est en plein dans le cadre de la responsabilité civile avec les classiques dommages-intérêts. On peut aussi compenser non pas le dommage subi, mais juste l'inexécution volontaire en l'absence de tout préjudice et, dans ce cas, ce sera l'exécution forcée¹²³. Le but de la réparation serait la remise en état de ce qui a été endommagé ou l'action d'accomplir ce qui devait être faite mais qui ne l'a pas été, ce qui selon le législateur n'est pas cantonné uniquement à un versement de somme d'argent. Ainsi, le législateur prévoit que : « *Toutefois, sous réserve du respect de la liberté des personnes ou des droits des tiers, les juges peuvent d'office prescrire, au lieu où en plus des dommages et intérêts, toute mesure destinée à réparer le dommage ou à en limiter l'importance* »¹²⁴. Que faut-il donc entendre par « Toute mesure destinée à réparer le dommage ou à en limiter l'importance » ? Pour comprendre cette disposition il ne serait pas anodin de la lire conjointement avec l'article 105 COCC qui dispose que « *Dans les mêmes contrats, lorsque l'une des parties manque gravement à ses obligations en refusant de les exécuter, en tout ou en partie, l'autre peut, en dehors des dommages et intérêts qui lui sont dus, demander en justice soit l'exécution forcée, soit la réduction de ses propres obligations, soit la résolution* ». Ainsi, dans l'expression « toute mesure », on peut sous-entendre non seulement l'exécution forcée mais également la réfaction et la résolution. A cela s'ajoute l'article 194 qui dispose que « *Tout débiteur mis en demeure qui ne s'exécute pas peut y être contraint par les voies de droit* ». Par ailleurs, ces mesures sont justifiables par le caractère irrévocable du lien

¹²¹ J.L. CORREA, « L'exécution forcée des obligations de faire en droit sénégalais : glose des articles 6, 105, 194 et suivants du Code des obligations civiles et commerciales », op. cit.

¹²² Art. 133, al. 1 COCC « Le préjudice est en principe réparé par équivalence en allouant à la victime des dommages et intérêts ».

¹²³ A. SAKHO, « L'exécution forcée des obligations de faire résultant des pactes de préférence dans les cessions d'actions », op. cit, p.17.

¹²⁴ Al. 2, art. 133 COCC.

d'obligation¹²⁵. Ce qui nous permet d'affirmer sans risque de nous tromper qu'en droit sénégalais l'exécution forcée de l'obligation de faire est consacrée. Dès lors, le juge dans cet arrêt de 2008 aurait pu accorder plus d'opportunité à la société Express Transit en condamnant la CBAO à une exécution forcée sous forme de perfectionnement du contrat. Ceci pourrait même paraître comme un effet normal du contrat, sa mise en œuvre, et moins comme une sanction¹²⁶.

En dehors de cette sanction, la jurisprudence sénégalaise a retenu l'astreinte¹²⁷. En l'espèce dans un arrêt de la cour de cassation sénégalaise devenue cour suprême, deux époux avaient passé une promesse synallagmatique de vente avec une personne X. Après que les époux bénéficiaires de la promesse aient versé intégralement le prix de l'immeuble suivant une attestation notariée, le promettant refuse de passer devant notaire pour la signature définitive du contrat de vente ainsi qu'à l'inscription au registre de la conservation foncière. Ainsi, comme dans l'arrêt Express Transit de 2004, la cour affirme que l'obligation du promettant est une obligation de perfectionnement du contrat et en tant qu'obligation de faire réitère la sanction de réparation par le versement de dommages et intérêts. Mais dans cette dernière affaire, le juge va plus loin en retenant l'astreinte.

Dans la législation sénégalaise, l'astreinte peut être prononcée par le juge pour l'obtention de toute obligation¹²⁸. Elle peut ainsi être provisoire¹²⁹ ou définitive¹³⁰. Cette sanction ne touche en rien la personne du débiteur, mais s'applique directement sur son patrimoine. Elle est donc efficace dans la mesure où, elle oblige la partie défaillante à s'exécuter sous peine de voir son patrimoine lésé. Mais son caractère dissuasif peut être réduit lorsqu'elle n'est que provisoire. En effet, avec l'astreinte provisoire le débiteur peut

¹²⁵ Art. 96 COCC « Le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable ».

¹²⁶D. MAZEAUD ; Y.-M. LAITHIER, « La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ? » RDC, 1er avril 2012, n°2, p. 681, Cités par J.L. CORREA, « L'exécution forcée des obligations de faire en droit sénégalais : glose des articles 6, 105, 194 et suivants du Code des obligations civiles et commerciales », op. cit, p. 5.

¹²⁷ C.S du Sénégal, (2^{ème}Civ. Et Com), arrêt n°107, 4 juin 1993, note critique de A. CISSE, Revue EDJA n°24, 1995, p.69, Cités par A. FAYE, « Le transfert de propriété dans la vente de l'immeuble en droit sénégalais », ibid.

¹²⁸ Art. 196 COCC « L'exécution de toute obligation peut être obtenue par une astreinte prononcée par le juge compétent pour constater l'existence de l'obligation ».

¹²⁹ Art. 197 COCC « Le juge peut prononcer une astreinte provisoire en condamnant le débiteur au paiement d'une somme d'argent pour chaque jour de retard jusqu'à l'exécution ou pour une période dont il fixe la durée ».

¹³⁰ Art. 198, al. 2 « Le juge peut aussi prononcer l'astreinte définitive sans recourir au préalable à l'astreinte provisoire ».

demander au juge de revoir la somme fixée. Cependant, certains doctrinaires la critique dans la mesure où elle peut aboutir à l'enrichissement du créancier sans justification valable, or la réparation suppose le rétablissement de la victime à la situation où elle se trouver avant la survenance du dommage : elle ne doit ni être lésée ni s'enrichir. C'est le principe de la réparation intégrale : on doit réparer tout le dommage, la totalité du dommage mais seulement le dommage. Même si par ailleurs, il arrive qu'il y ait des réparations forfaitaires comme dans le code CIMA¹³¹. A vrai dire, si on veut maintenir l'équilibre du contrat, et faire jouer à l'astreinte son véritable rôle, il faut éviter que son montant ne soit « disproportionné par rapport à la faute qu'elle est censée sanctionner¹³² ».

Dès lors, la censure par la cour de cassation,¹³³ de cette décision de la cour d'appel de 2004 est sans doute due à toute cette série d'imperfection tantôt soulevée ci-dessus. Néanmoins, en considérant l'obligation née de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé comme étant une obligation de donner, la chambre réunie de la cour de cassation sénégalaise devenue cour suprême impose par la même occasion la CBAO à transférer la propriété des immeubles promises en procédant aux formalités requises. En effet, pour ce qui est de l'obligation de donner le législateur accorde, sans aucune interprétation législative nécessaire, la possibilité d'une exécution forcée comme sanction en cas d'inexécution de l'obligation promise¹³⁴. En plus, cette exécution forcée peut même être faite par un tiers au frais du débiteur¹³⁵.

Finalement, obligation de faire ou de donner la sanction de l'exécution forcée peut être retenue. Ainsi, si pour la seconde il est aisé de remarquer la consécration de la sanction de l'exécution forcée, il faut admettre pour la première obligation, la nécessité d'une

¹³¹ CIMA (Conférence Interafricaine des Marchés D'assurances), le code des assurances de CIMA est applicable aux Etats suivants : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo. Tout est parti de la Conférence Internationale des Contrôles d'Assurances (CICA) qui est née en 1962. Elle était soucieuse de préserver le bon fonctionnement des sociétés et agences d'assurances implantées dans les anciennes colonies françaises d'Afrique Occidentale, Centrale et à Madagascar.

¹³² Voir A. CISSE, Revue EDJA, op. cit., p. 69, Cités par A. FAYE, « Le transfert de propriété dans la vente de l'immeuble en droit sénégalais », op. cit.

¹³³ Cour de cassation du Sénégal (Ancien), *La société Express transit c/La compagnie bancaire de l'Afrique occidentale*, arrêt n° 19 du 16 janvier 2008.

¹³⁴ Art. 195 COCC, al. 1 : « Indépendamment des mesures conservatoires prévues par la loi ou autorisées par le juge, l'exécution forcée de l'obligation peut être poursuivie par voie de saisie conformément aux dispositions du Code de procédure civile ».

¹³⁵ Art. 195, al. 2.

interprétation assez ardue des textes du COCC qui se voit nécessaire. Ce qui est dû au fait d'abord de la constatation d'un flou artisan du législateur sénégalais sur la question du mariage entre obligation de faire et exécution forcée mais également de cette antienne régulièrement psalmodiée qui est « l'obligation de faire se résout par le paiement de dommages-intérêts »¹³⁶.

Ainsi, face à une écriture si entremêlée des dispositions du COCC, On se demande souvent ce qu'est le génie d'une langue, et il est difficile de le dire. Cela tient à des idées très composées ; il a l'inconvénient des idées abstraites et générales ; on craint, en le définissant, de la généraliser encore. Mais, afin de mieux rapprocher cette expression de toutes les idées qu'elle embrasse, on peut dire que la douceur ou l'âpreté des articulations, l'abondance ou la rareté des voyelles, la prosodie ou l'étendue des mots, leurs filiations et enfin le nombre et la forme des tournures et des constructions qu'ils prennent entre eux, sont les causes les plus évidentes du génie d'une langue, et ces causes se lient au climat et au caractère de chaque peuple en particulier¹³⁷. Dès lors, l'interprétation des doctrinaires ne fait qu'ajouter des nœuds à la corde car, la doctrine étant sur ce sujet extrêmement controversée en elle-même. En outre, l'inquiétude qui nous anime est celle sur la position des juges face à une interprétation qui, il faut oser le dire n'est que subjective dans sa majeure partie.

CHAPITRE II : L'application du droit commun des avant-contrats

Les avant-contrats, contrats préparatoires à un contrat futur, ont été prévus et réglementés dans le COCC sénégalais, parfois excessivement et d'autre fois de façon très pingre. C'est pourquoi l'application par le juge de ce qui a été prévu par le législateur peut se heurter à certaines difficultés. Ces difficultés, si on en juge par leur objet, sont en général liées à la hiérarchisation des avant-contrats surtout pour ceux dont la ressemblance est patente. Le cas le plus fréquent est le chevauchement entre un droit de préemption

¹³⁶ J.L. CORREA, « L'exécution forcée des obligations de faire en droit sénégalais : glose des articles 6, 105, 194 et suivants du Code des obligations civiles et commerciales », *op. cit.*, p.1.

¹³⁷ Discours sur l'universalité de la langue française – Rivarol (Rivarol est un hebdomadaire français d'extrême droite se réclamant de l'« opposition nationale et européenne », fondé en 1951 par R. MALLIAVIN).

conventionnel et un droit de préemption légal sur un même bien où le juge se voit confronter à un conflit entre préemption et préférence (Section I). Dès lors, cette situation ne doit point être soumise à une légère analyse dans la mesure où en fonction du moment de conclusion de l'un ou l'autre droit, la décision du juge peut varier.

En outre, même si le juge parvient à régler cette situation d'incongruité, il fera face à un autre dilemme à savoir celui lié à l'application de la sanction prévue pour le pacte de préférence dans le code. En effet, dans ledit code, le pacte de préférence est soumis aux règles sur les promesses de vente or comme on l'a démontré antérieurement préférer et promettre ne confèrent pas les mêmes obligations, donc on se rend compte d'une inadéquation des sanctions du pacte avec les conditions de sa violation (Section II).

SECTION I : Le conflit entre préemption et préférence

Un droit de préemption est soit prévu par la loi, et sera d'ordre public, c'est-à-dire que l'on ne pourra pas y déroger, soit instauré par les parties à travers un pacte de préférence ou par une simple clause insérée dans un contrat. Le pacte de préférence diffère donc du droit de préemption en ce qu'il est contractuel. C'est-à-dire que le pacte désigne un bénéficiaire dans le cadre d'une vente éventuelle, qui viendrait se substituer à un autre acquéreur. En revanche, pour le droit de préemption, c'est la loi qui désigne, d'emblée, le bénéficiaire. Ainsi, soit c'est la loi qui limite le champ de vision du promettant dans la conclusion du contrat future soit c'est lui-même qui y consent en désignant la personne qui doit recevoir la proposition de contrat en premier. Dès lors, lorsqu'il y a concours de droit de préférence sur un même bien, le juge sera tenu de déterminer celui qui sera prioritaire.

En outre, l'interprétation de ce chevauchement de droit se fera à travers la détermination préalable du moment de la conclusion de l'un ou de l'autre droit. Ainsi, c'est selon que le pacte ait été conclu avant (paragraphe I) ou après (paragraphe II) la préemption légale, que dépendra son sort.

PARAGRAPHE II : Le conflit en cas de conclusion du pacte avant la préemption

Le pacte de préférence porte, dans le monde juridique, plusieurs significations. Dans le cas d'une vente, il s'agit d'une convention instituant au profit d'une personne un droit d'acquérir par priorité un bien désigné si son propriétaire le met en vente. Le pacte de

préférence crée donc une sorte de droit de préemption conventionnel, non réglementé par la loi. En signant un pacte de préférence, le propriétaire qui souhaite vendre le bien objet du pacte n'est plus libre de choisir l'acquéreur, car c'est le bénéficiaire du pacte qui a la priorité pour acheter. Cette convention est utilisée à différentes fins, notamment pour conserver les biens dans la famille, ou conserver les lots entre copropriétaires, ou encore pour agrandir sa propriété à un locataire, en lui faisant bénéficier d'un droit de préférence en cas de vente de l'immeuble qui lui a été loué. Dès lors, lorsque le pacte est conclu avant la survenance d'un droit légal de préemption sur le même bien, on constate une atteinte à la force obligatoire du pacte de préférence(A), faisant naître une possible action en responsabilité contractuelle du bénéficiaire du pacte contre le promettant(B).

A. L'atteinte à la force obligatoire du pacte de préférence

Le pacte de préférence est un contrat. En tant que contrat, qu'il soit solennel ou consensuel, la conclusion du pacte nécessite toujours l'échange de consentements, c'est à dire l'accord des volontés des parties contractantes. Ainsi, pouvant être définie comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose¹³⁸», l'accord de volontés fait naître le contrat. Dès lors, après avoir consenti de façon libre et éclairée, le contrat s'impose aux parties : il crée un lien irrévocable. Lien, que le législateur sénégalais ne manquera pas de rappeler dans son code en ces termes « Le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable¹³⁹ ». Le contrat tire cette force contraignante de la théorie de l'autonomie de la volonté¹⁴⁰ : si l'on est obligé, c'est parce qu'on l'a voulu. En principe, chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, et cette liberté inclut non seulement le privilège sur les avantages du contrat mais également l'obligation de supporter d'éventuels inconvénients. Inconvénients liés parfois à un déséquilibre des prestations, créant des préjudices virtuels parce que la volonté ne saurait être source d'injustice, car en effet « qui dit contractuel, dit juste » d'après FOUILLER¹⁴¹. Dès lors, traduit par la formule latine *pacta sunt servanda*, la règle de la force obligatoire du contrat

¹³⁸ Art. 1101 C. Civ.

¹³⁹ Art. 96 COCC.

¹⁴⁰ Ce qui fait dire à Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBEAU-TERNEYRE que « La force obligatoire du contrat est une conséquence directe de la théorie de l'autonomie de la volonté ».

¹⁴¹ A. FOUILLER, *La science sociale contemporaine*, 2^{ème} éd, Paris, Hachette, 1985, p.410, Cités par M. THIOYE, « Les limitations à la force obligatoire du contrat », Rev. Des soc, 2001, p.2.

est d'une très grande portée. Ainsi, le contrat doit en principe être exécuté tel qu'il a été prévu. La force obligatoire du contrat induit donc des effets formulés de façon positive, à travers l'exécution de bonne foi mais également de façon négative à travers le principe de l'irrévocabilité et de l'intangibilité du contrat. En concluant un bail sur un local qui fait déjà l'objet d'un pacte de préférence, le promettant met en cause sa bonne foi car étant conscient que le local fait l'objet d'une préférence conventionnelle. Or, la bonne foi impose au débiteur la loyauté, c'est-à-dire de fournir une exécution fidèle de sa prestation, en « bon père de famille ». Ainsi, la bonne foi étant toujours présumée, la mauvaise foi sera sanctionnée à chaque fois que celui qui le prétend de son cocontractant en apporte la preuve¹⁴². La mauvaise foi du promettant ici sera donc passible de sanction car violant le principe de la force obligatoire du contrat.

La force obligatoire du contrat signifie également que le contrat ne peut être révoqué unilatéralement. Ainsi, il s'agit en réalité de faire une parfaite application de l'article 96 COCC, qui parle non pas d'un lien obligationnel mais d'un « lien irrévocable » entre les parties¹⁴³. L'irrévocabilité a lieu dès la rencontre des consentements qui forme le contrat, en vertu du principe consensualiste. Pour ce qui est de l'intangibilité du contrat, elle est postulée par le fait que le contrat doit être exécuté tel qu'il a été prévu. Mais cette intangibilité peut soulever de graves difficultés, lorsque l'exécution d'un contrat s'étale sur une certaine durée. Les circonstances économiques ont pu évoluer entre le jour de la formation du contrat et le jour de son exécution. C'est ce que l'on appelle la théorie de l'imprévision dans le contrat. Il convient donc de rappeler qu'en droit français, la jurisprudence rejette depuis 1876, et le fameux arrêt « Canal de Craponne », la révision du contrat pour imprévision, alors que la jurisprudence administrative l'admet, du moins dans une certaine mesure.

Dès lors, dire que le contrat à une force obligatoire, c'est dire que l'accord des parties crée une nouvelle norme juridique. Cette norme contractuelle peut faire naître un rapport d'obligation entre les parties, rendre l'une créancière et l'autre débitrice, mais elle peut aussi transférer ou éteindre un droit. Mais, quel que soit le contenu, ce n'est pas lui qui permet de définir le caractère obligatoire de la norme contractuelle. Ce caractère obligatoire a le

¹⁴² Art. 10, al. 2 COCC : « En toute hypothèse, la bonne foi est présumée et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver ».

¹⁴³ A l'exception du dépôt (art 504 alinéa premier), du mandat ect. Mais aussi les parties peuvent avoir inscrit dans le contrat une faculté de résiliation unilatérale.

même sens pour le contrat et pour la loi. Il signifie que la norme née du contrat va s'imposer aux parties comme s'imposerait à elles une norme légale ; il signifie aussi que cette norme va servir de référence au juge lorsqu'il sera chargé de régler un litige entre les parties : il devra alors appliquer le contrat comme il appliquerait la loi. Ainsi, cette idée de contrat créateur de norme a d'abord été développée de façon éclatante par Kelsen. Ce dernier définit le contrat comme une procédure créant une norme. Cette norme est située à l'étage inférieur de la pyramide et elle tient sa valeur de la norme supérieure qui autorise les contractants à la créer. M. Ghestin lui va plus loin en soutenant qu'« on peut très bien admettre à la fois que le contrat ait un effet normatif et que les normes créées ont pour contenu la possibilité d'accorder des droits subjectifs aux contractants ».

Dès lors, le pacte de préférence doit d'abord et avant tout respecter la loi. Il ne peut donc pas être favorisé face à la loi du législateur. Cependant, lorsqu'un pacte de préférence, droit de préemption d'origine conventionnelle précède un droit de préemption légal sur un même bien mais entre des parties différentes, le dilemme auquel sera confronté le juge sera de savoir si la loi des parties pourra être favorisée face à celle du législateur ? La question pratique est au fond de savoir si le pacte interdit la location du même bien, ce qui, hormis le cas de fraude, n'est pas d'une évidence absolue en l'absence de clause en ce sens.

En effet, en tant que source de droit la loi du législateur est supérieure à celle des parties. Cette dernière ne doit donc pas être en contradiction avec la première sous peine d'être déclarée nulle d'une nullité absolue¹⁴⁴. Nullité qui se justifie par l'intérêt mis en cause qui est dans le cas présent un intérêt général à savoir la violation de la loi. Mais, la loi à laquelle ne doit pas aller contre le pacte est la loi qui a existé avant la conclusion du pacte. A cet effet, si le pacte de préférence a été consenti bien avant l'existence d'un droit de préemption d'origine légal sur le même bien, l'exécution du pacte s'impose afin de respecter la force obligatoire de cette dernière. Le pacte valablement consenti, obtiendra donc exécution en faveur du bénéficiaire, qui de plein droit fera valoir son droit de préemption conventionnel.

¹⁴⁴ Art. 85, al. 1 « La nullité est absolue lorsqu'elle sanctionne une condition de validité édictée dans l'intérêt général ».

En outre, si le promettant refuse de donner suite au droit de préemption conventionnel du bénéficiaire du pacte, ce dernier aura la possibilité d'ouvrir une action en responsabilité contractuelle contre le débiteur du pacte.

B. L'action en responsabilité contractuelle du bénéficiaire du pacte

La responsabilité contractuelle a un domaine particulier différant de la responsabilité délictuelle. La responsabilité délictuelle est considérée comme étant la responsabilité de droit commun. La responsabilité contractuelle étant en revanche une responsabilité d'exception. La responsabilité est contractuelle lors que le dommage résulte de l'inexécution d'un contrat et porte atteinte à l'une des parties à ce contrat. Dans tous les autres cas, la responsabilité est délictuelle. Ainsi, à partir du moment où il existe un contrat entre la victime et la personne dont on cherche à engager la responsabilité, cette responsabilité est nécessairement contractuelle, c'est le principe de non cumul des responsabilités. Pour appliquer cette responsabilité contractuelle il faut un contrat, la violation d'une obligation née du contrat et un dommage résultant de la violation de cette obligation.

Dès lors, « La responsabilité du débiteur est engagée par l'inexécution ou l'exécution défectueuse de son obligation¹⁴⁵ ». Est donc responsable, celui qui titulaire d'une obligation, ne l'exécute pas ou ne le fait pas convenablement. A lire dans les lignes du code, la perception du schéma de la responsabilité comme la jonction de la faute, d'un dommage et d'un lien de causalité est moins évidente. D'ailleurs, l'article 118 COCC qui énonce le principe général de responsabilité y est revenu plus clairement en disposant qu'« Est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui ». En contractant avec le bénéficiaire d'un droit de préemption légal sur le même bien objet d'un pacte de préférence préalable, le promettant peut-être poursuivi pour violation d'une obligation contractuelle.

Ainsi, la faute qui est le manquement à une obligation préexistante de quelque nature qu'elle soit¹⁴⁶, intervient dans cette situation. En effet, la faute commise par le promettant serait l'inexécution contractuelle prévue à l'article 85, qui est source de responsabilité. La faute est un élément non négligeable quand il s'agit de parler de responsabilité civile. Elle

¹⁴⁵ Art. 7 COCC.

¹⁴⁶ Art .119 COCC.

représente le socle à partir duquel la responsabilité civile prospère. Dès lors, même si avec l'évolution des causes du dommage elle tend à perdre de sa valeur, la faute a été pendant une longue période le seul fondement de la responsabilité.

Cependant, l'expérience peut révéler dans certains domaines la grave insuffisance de la responsabilité pour faute. C'est le cas dans le domaine médical, pour des raisons qui, curieusement, se rapprochent de celles que l'on a fait valoir pour promouvoir l'indemnisation automatique des victimes d'accidents. Il faut constater, ici encore, la fréquence des erreurs médicales par opposition aux fautes proprement dites. Des enquêtes ont révélé la fréquence des erreurs, de diagnostic ou de traitement. Quand l'erreur est établie, il est aussi injuste de condamner le médecin qu'il est peu satisfaisant de laisser la victime sans compensation. Mais, bien souvent, le patient qui a été victime d'une erreur sera dans l'incapacité de la prouver. Dans certains cas, d'ailleurs, le patient sera victime de lui-même, non pas qu'il ait commis une erreur, mais parce qu'il présentait une anomalie ou quelque réceptivité particulière à un traitement¹⁴⁷. La responsabilité contractuelle est une responsabilité « artificielle », qui suppose une entente de base, un consentement au préalable¹⁴⁸.

Quant au dommage, il consiste en une atteinte portée à un droit ayant une valeur patrimoniale ou extrapatrimoniale. Les termes « dommage » et « préjudice » sont dans la plupart du temps utilisés comme des synonymes, bien qu'une partie de la doctrine tente de les dissocier. Le dommage désigne, à proprement parler, la lésion subie qui s'apprécie au siège de cette lésion, tandis que le préjudice qui est la conséquence de la lésion, apparaît comme l'effet, ou la suite du dommage¹⁴⁹. C'est dans ce sens qu'en France, dans l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations, il y est fait une distinction entre le dommage, désignant l'atteinte à la personne ou aux biens de la victime et le préjudice, désignant la lésion des intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux qui en résulte. Le dommage peut être matériel ou moral ; il est générateur de responsabilité s'il porte atteinte à un droit¹⁵⁰. Il peut être futur ou actuel, mais doit toujours être certain¹⁵¹ et directe¹⁵². En

¹⁴⁷ A. TUNC, *L'avenir de la responsabilité civile pour faute*, janv. 1988, Disponible sur <http://hdl.Handle.Net/11094/4184>.

¹⁴⁸ H. JONAS, *Le Principe responsabilité, Une éthique pour la civilisation technologique*, 1979; coll.: « Champs », France, Flammarion, 1995, p. 15.

¹⁴⁹ P. le TOURNEAU, L. CADIER, *Droit de la responsabilité*, D. 1996, 606p, p. 174.

¹⁵⁰ Art. 124 COCC.

outre, il doit exister un lien de cause à effet suffisamment certain et direct entre le dommage et le manquement à l'obligation contractuelle. Il appartient au juge de l'apprécier. En ne mettant pas en œuvre le pacte de préférence, son bénéficiaire subit un dommage par manque de chance de contracter la vente escomptée à la conclusion du pacte. Ainsi, l'action¹⁵³ liée à la responsabilité contractuelle elle, s'ouvre au bénéficiaire du pacte qui est le cocontractant du promettant. La saisine de la juridiction par ce dernier va ainsi ouvrir l'instance. Cependant, l'inaction du bénéficiaire du pacte pendant le délai fixé pour la prescription extinctive libère le débiteur de son obligation. Le délai commence à courir à compter du lendemain du jour où l'obligation est exigible ; il expire au jour anniversaire, même férié¹⁵⁴. Ce délai d'extinction en droit commun est de dix(10) ans¹⁵⁵. Lorsque l'action est introduite dans les délais, le bénéficiaire du pacte ayant subi un dommage pourra obtenir réparation au sens de l'article 133 COCC.

Dès lors, dans un arrêt pourvu devant la 3^{ème} chambre civile de la cour de cassation française, le propriétaire de terres à usage agricole, objet d'un pacte de préférence antérieur, les avait données à bail à un fermier. Quelques années plus tard, il décide de les vendre et, respectant la règle voulant que le droit de préemption légal ait la primauté sur le droit de préférence conventionnel¹⁵⁶ donne la priorité au fermier qui les acquiert. Le bénéficiaire du pacte invoque alors l'inexécution de sa créance de préférence, et assigne le vendeur en responsabilité contractuelle¹⁵⁷. Ainsi, reprenant une solution déjà donnée¹⁵⁸, la Cour de cassation signifie clairement que le pacte de préférence n'emporte pas uniquement une restriction conventionnelle à la liberté de choisir son cocontractant ; agissant directement

¹⁵¹ Art. 126 COCC « Le dommage est certain lorsque, bien que n'étant pas réalisé sur le-champ, il se produira nécessairement dans l'avenir ».

¹⁵² Art. 127 COCC « Le dommage est direct lorsqu'il découle de la faute, sans qu'aucun fait postérieur ait encouru à sa réalisation ».

¹⁵³ Art. 30 du code de procédure civile « L'action est le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ».

¹⁵⁴ Art. 218 COCC.

¹⁵⁵ Art. 222 COCC « Sauf dispositions contraires de la loi, le délai de la prescription extinctive de droit commun est de dix ans ».

¹⁵⁶ C. Saint-Alary-Houin, « Le droit de préemption », LGDJ, 1979, n° 259, p. 232 et n° 421, p. 389.

¹⁵⁷ Cité par, J. MESTRE, « De la violation du pacte de préférence », RTD Civ. 1993 p. 346.

¹⁵⁸ Civ. 3^e, 10 mai 1984, *Bull. civ.* III, n° 96, p. 77 ; *JCP* 1985.II.20328, note M. DAGOT; *Defrénois*, 1985.1234, note J.-M. OLIVIER; *Rev. dr. imm.* 1985.74, obs. P. MALINVAUD et B. BOUBLI, Cités par J. MESTRE, *Ibidem*.

sur les droits réels de son débiteur, il limite leur libre exercice pour que puisse ensuite être effectivement mis en œuvre le droit de son bénéficiaire.

Ainsi, on peut dire que la portée d'un pacte de préférence est sans doute plus forte qu'elle n'y paraît. D'abord, non seulement le promettant s'y engage à offrir la priorité le moment venu mais encore, en amont, il s'oblige à ne pas accomplir délibérément des actes qui en empêcheraient l'exercice. Cependant, il arrive des cas où le pacte se voit conclu postérieurement à l'existence d'une préemption légale sur le même bien, et dans ces cas d'espèce on se demande quel sera le sort du pacte ?

PARAGRAPHE II : Le conflit en cas de conclusion du pacte après la préemption

La coexistence de deux droits sur une même chose ne peut se résoudre que de deux manières : par un partage de l'assiette ou par l'éviction de l'un des droits par l'autre. La première solution n'est pas concevable ici, pour la double raison : d'une part, qu'étrangers l'un à l'autre, les titulaires des droits concurrents n'ont pas vocation à subir, entre eux, une mitoyenneté patrimoniale ; d'autre part, qu'en général, la chose en cause ne se prête guère à une division de sa propriété. Reste la seconde solution, qui implique de désigner le droit à privilégier. Ainsi, lorsque le droit de préemption se retrouve en conflit avec le pacte de préférence mais que, cette fois-ci, le pacte est conclu après la préemption, le praticien ne pouvant ni s'abriter derrière l'autorité d'une solution légale précise, ni s'appuyer sur une théorie générale suffisamment solide, se trouve comme pris en étau entre les ambiguïtés de la politique législative et les insuffisances de la technique juridique. En présence d'un désordre normatif persistant, doctrine et jurisprudence ont entrepris de dégager les principes devant régir les conflits de préemption, aussi difficile que cela puisse être. Ceux-ci tiennent pour l'essentiel en deux propositions, à savoir la primauté des droits légaux sur les droits conventionnels (A) qui prend en compte l'appréciation de la mauvaise foi du promettant ou naïveté du bénéficiaire du pacte (B).

A. La primauté de la préemption sur la préférence

Le droit de préemption légal est un droit portant en général sur un bien de nature immobilière. Le cas le plus connu et le plus ancien est le droit de préemption dont bénéficie le fermier lors de la vente du bien loué, mais également celui accordé aux locataires et occupant de bonne foi d'un immeuble à usage d'habitation. Dans ces

hypothèses, des intérêts privés sont surtout en cause mais, il y a également un intérêt général. Soit une politique pour faire acquérir la terre à ceux qui la cultivent, soit une politique de logement pour faire acquérir le logement à ceux qui l'occupent. Dès lors, les biens à caractère immobilier sont protégés par la constitution car portant sur le droit de propriété qui est un droit fondamental de valeur constitutionnelle. C'est ainsi, que le constituant le consacre en ces termes : « Le droit de propriété est garanti par la présente Constitution. Il ne peut y être porté atteinte que dans le cas de nécessité publique légalement constatée, sous réserve d'une juste et préalable indemnité. L'homme et la femme ont également le droit d'accéder à la possession et à la propriété de la terre dans les conditions déterminées par la loi »¹⁵⁹. Ce qui consacre aux droits de préemption légale un caractère d'ordre public. L'ordre public qui peut être défini comme étant un ensemble de dispositions juridiques qui ne sauraient être écartées par des volontés privées, peut prendre source de deux façons selon qu'elle est l'œuvre de la loi ou celle du juge¹⁶⁰. Lorsqu'elle ressort d'une réglementation de la loi, elle est appelée ordre public législatif ou textuel¹⁶¹. Au Sénégal, on le voit dans plusieurs domaines notamment dans le COCC¹⁶², en droit des sociétés¹⁶³ et en droit de la famille à travers l'édition de mesures formelles régissant impérativement les rapports personnels entre époux et à l'égard de leurs enfants¹⁶⁴. Ainsi, pour ce qui est des ventes portant sur des immeubles mis en location, préalablement à la conclusion de la vente, le bailleur doit faire connaître à chacun des locataires ou occupants de bonne foi l'indication du prix ou des conditions de la vente projetée pour le local qu'il occupe. Cette notification vaut offre de vente à son destinataire et le non-respect de cette obligation par le propriétaire entraîne la nullité de la vente. L'offre de vente est valable pendant deux (2) mois à compter de sa réception par le locataire. Si le locataire décide d'accepter l'offre, il dispose en principe d'un délai de deux (2) mois pour la réalisation de l'acte de vente. Toutefois, s'il notifie au bailleur son intention de recourir à un prêt, ce délai

¹⁵⁹ Art. 15 de la constitution du Sénégal du 7 janvier 2001, op. cit note 5.

¹⁶⁰ A. KANTE, « L'ordre public économique dans un pays en développement : L'exemple du Sénégal », Th. Doctorat d'Etat en Droit Présentée et soutenue publiquement le 27 février 1998.

¹⁶¹ A. KANTE, « L'ordre public économique dans un pays en développements » *Ibid.*

¹⁶² On peut ici citer l'art. 258 COCC relatif à la délimitation du domaine de l'ordre public.

¹⁶³ On prend l'exemple de l'art. 1080 du COCC portant limitation des formes sociétaires à celles prévu par la loi.

¹⁶⁴ On a par exemple les articles 149 relatif à l'obligation de cohabitation, 150 régissant l'obligation de fidélité, sur la puissance maritale...

est porté à quatre (4) mois, l'acceptation de l'offre de vente étant alors subordonnée à l'obtention de ce dernier¹⁶⁵.

Dès lors, dans le COCC sénégalais, le législateur consacre cette primauté de l'ordre public sur toutes conventions. Ceci se justifie par ces mots « Libres de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter toute espèce de clauses de modalités, les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public ou aux bonnes mœurs¹⁶⁶». A travers cette disposition, on peut voir la force accordée aux règles d'ordre public mais également en déduire leurs primautés face à la volonté des parties. Le pacte de préférence étant un contrat donc, une loi née de la volonté des parties et applicable aux parties ne peut être donc privilégié à une règle d'ordre public qu'est le droit de préemption légale. Cet article 42 plus que de consacrer la notion d'ordre public, fait de ce dernier un frein à l'autonomie de la volonté. La liberté inhérente à la propriété fonde la liberté contractuelle du propriétaire à l'égard de son bien. Dans cette perspective, le droit de préemption porte atteinte au droit de disposer du propriétaire en ce qu'il lui enlève la liberté de choisir la personne de l'acquéreur. La loi instituant un droit de préemption, doit le faire dans un but d'intérêt général et de manière à ne pas porter atteinte au sens et à la portée du droit de propriété.

Cependant, il est malheureux de constater que la jurisprudence sénégalaise n'est pas assez fournie en matière de transactions immobilières surtout pour ce qui est des pactes de préférence ou encore la revendication de droit de préemption légale d'un locataire. En effet, empêtrer dans l'instant et la contemporanéité, le domaine de la terre reste un sujet encadré par une certaine sacralité faisant que la plupart des conflits y affairant sont réglés à l'amiable. Les locataires se voient ainsi violés dans leurs droits sans pour autant réagir, et pour la majeure partie on note une réelle ignorance de l'existence même de ce droit qu'est la préemption légale du fait du manque d'information de la population dans ce domaine. Dès lors, dans les prétoires de certaines juridictions sénégalaises on constate une carence totale de jurisprudence en la matière car, plus on s'éloigne de la capitale plus ce contentieux se fait rare. Ainsi, au palais de justice de Dakar on ne peut y voir que quelques rares décisions y afférentes.

¹⁶⁵ Art. 10 de la loi n° 75-1351 du 31 décembre 1975.

¹⁶⁶ Art. 42 COCC.

En outre, dans une jurisprudence française, le juge a eu à traiter de ces cas plus d'une fois et prône toujours la primauté de la préemption existant antérieurement à une préférence. Ainsi, dans l'une des cas d'espèce, après un bail d'habitation régi par la loi du 6 juillet 1989, le bailleur vend le bien loué et, à cette occasion, il insère un pacte de préférence aux termes duquel en cas de vente de tout ou partie des biens restant sa propriété, il devra donner préférence à l'acheteur et lui proposer de se porter acquéreur dans des conditions prévues à l'acte. Ensuite, après délivrance d'un congé pour vendre au locataire qui a exercé son droit de préemption, un compromis de vente a été signé. Refusant de signer l'acte authentique en raison de l'existence du pacte de préférence, le propriétaire bailleur est assigné en justice pour faire constater la perfection de la vente. La Cour de cassation rappelle que la réglementation applicable au droit de préemption est d'ordre public, donc qu'elle ne peut être tenue en échec par la conclusion d'un pacte de préférence¹⁶⁷. La Cour dit et juge que les stipulations contractuelles du compromis, prévoyant que les vendeurs et acquéreurs déclaraient accepter une préemption si son bénéficiaire décidait d'exercer ce droit, ne s'appliquaient pas au pacte de préférence ; la cour d'appel a donc légitimement pu déclarer parfaite la vente entre le bailleur et le preneur. Et ayant relevé que le bénéficiaire du pacte de préférence n'ignorait pas que le bien, objet du pacte, avait été donné à bail et retenu que le pacte de préférence, qui ne pouvait empêcher le propriétaire de vendre son bien, aurait pu prendre effet en cas de refus de l'offre d'achat par le preneur, la cour d'appel a pu déduire que la demande indemnitaire du bénéficiaire du pacte de préférence ne pouvait être accueillie.

B. La mauvaise foi du promettant ou naïveté du bénéficiaire du pacte

Lorsque sur un bien objet d'un droit de préemption légale vient se grever une préemption conventionnelle, on suppose que le promettant a agi en toute connaissance de cause en concluant le pacte de préférence. Or, l'on sait que les conventions doivent être exécutées de bonne foi et que n'exécute pas de bonne foi le pacte de préférence octroyé à une personne par le propriétaire d'un bien immobilier à usage d'habitation.

Historiquement, le principe de bonne foi est né de la nécessité de faire contrepoids à la toute-puissance du formalisme juridique qui caractérisait alors le contrat de droit romain.

¹⁶⁷Cass. Civ. 3e., 24 mars 2016, pourvoi n° 15-14.004.

A l'autre bout du spectre, l'émergence de la théorie de l'autonomie de la volonté au début du XIX^{ème} siècle signifia un temps le glas juridique du principe de bonne foi. Entre les deux périodes, le principe de bonne foi trouva matières à consolidation au Moyen-âge et à l'époque moderne avant de resurgir à nouveau dans les années 1980. Sans en surestimer l'impact, le principe de bonne foi constitue un phénomène particulièrement prégnant du droit des contrats¹⁶⁸. Quant à la notion de mauvaise foi à laquelle s'oppose directement la bonne foi, elle désigne l'attitude ou le comportement de celui qui manque de loyauté envers autrui, notamment dans le cadre d'une relation contractuelle. La mauvaise foi s'apprécie tant en matière de négociation qu'en matière d'exécution du contrat.

Par ailleurs, dans un arrêt de la 3^{ème} chambre civile de la cour de cassation française, les juges étaient confrontés à une situation dans laquelle un preneur avait donné à bail à un tiers, un immeuble depuis une date ancienne et antérieure à un pacte. Postérieurement à la conclusion de ce pacte de préférence et dans un but de majoration du prix de vente de son bien, il délivre au locataire un congé plaçant ce dernier en situation d'exercer son droit de préemption. Ainsi, le droit du bénéficiaire du pacte se trouve vider de sa substance. La cour retient dès lors que le droit résultant dudit pacte était nécessairement primé par le droit de préemption légale du locataire titulaire d'un bail antérieur au pacte de préférence et que l'existence du pacte de préférence ne pouvait empêcher la vente du bien au prix estimé adéquat et donc de délivrer congé au locataire afin de bénéficier du prix majoré d'un bien vendu librement. Cependant, la délivrance par le propriétaire du bien, dans un but de maximisation du prix de vente, d'un congé au locataire, de nature à permettre l'exercice par celui-ci du droit de préemption légale primant le droit du bénéficiaire du pacte de préférence, constituait une exécution de mauvaise foi du pacte de préférence.

En outre, si le bénéficiaire du pacte était au courant que le bien objet du pacte était mis en location, dans ce cas, la mauvaise foi du promettant ne saurait être mis en avant. Dans les cas d'espèce, soit le bénéficiaire ne connaît pas l'existence de la préemption légale que confère le bail, soit il garde espoir que le locataire ne l'exerce pas. De toute façon comme le dit l'adage, « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ». Ainsi, aucune faute génératrice d'un quelconque préjudice ne pouvait être relevée à l'encontre du promettant, car l'inexécution du pacte de préférence ne serait plus due au fait du promettant

¹⁶⁸ F. CAMPAGNOLA, « Bonne foi et loyauté en en droit des contrats », Consulté le 24/05/2018 à 14H : 24mn sur <https://www.village-justice.com/articles/Bonne-foi-loyaute-droit-des-contrats,23007.html>.

mais proviendrait d'une cause étrangère qui ne lui était pas imputable à savoir l'exercice du locataire de son droit de préemption. Ainsi, la possibilité d'une action interrogative prévue par le législateur reprend tout son sens ici, mais cette fois-ci elle part du bénéficiaire du pacte au locataire de l'immeuble objet du pacte.

Ainsi, on se rend compte que la primauté entre préemption et préférence dépend uniquement du moment de conclusion de l'un par rapport à l'autre. Si le promettant conclut un bail et un pacte de préférence sur un même bien en toute mauvaise foi, alors il sera tenu en principe de réparer par équivalence en allouant à la victime des dommages et intérêts. En outre, mis à part ce concours de droit, la violation pure et simple d'un pacte de préférence est prévue par le COCC par renvoi aux sanctions applicables aux promesses de vente en cas de violation. Cependant, cette unité de sanction inclurait-elle une unité des conditions de violation entre pacte de préférence et promesse unilatérale de vente ?

SECTION II : L'incohérence des sanctions du pacte avec les conditions de sa violation

Le pacte de préférence en tant qu'avant-contrat renferme des obligations, qui en cas d'inexécution sont sanctionnées. Dès lors, les sanctions applicables au pacte sont celles prévues pour les promesses de vente. Ainsi, l'unification des sanctions se justifierait-elle par une ressemblance des obligations violées ? La réponse à cette question, si on se réfère au COCC reste négative puisqu'au moment où dans le pacte il n'y a qu'une action informative à accomplir (paragraphe I), on a une véritable obligation de contracter dans la promesse (paragraphe II).

PARAGRAPHE I : La charge d'une information ou « action informative » dans le pacte

« Le promettant est tenu de faire connaître au bénéficiaire sa décision d'aliéner et les conditions du contrat qu'il projette de passer avec un tiers¹⁶⁹ », dit-il. A travers cette disposition, le législateur utilise le groupe verbal « faire connaître » pour renvoyer à l'idée d'une information qui doit être véhiculée. Ainsi, cette information qui part du promettant au bénéficiaire de la promesse est la seule chose que le législateur incombe au promettant du pacte. On est en droit de s'interroger sur la nature véritable de cette information. Est-ce une véritable obligation pour le promettant (A), une incombance ou un simple devoir (B) ?

¹⁶⁹ Art. 320 COCC.

A. L'information dans le pacte : une véritable obligation

L'information qui doit passer du promettant au bénéficiaire de la promesse doit se faire avant la conclusion du contrat avec le tiers mais après les négociations avec ce dernier. En effet, lorsque le législateur nous dit que « le promettant est tenu de faire connaître au bénéficiaire sa décision de contracter avec un tiers et les conditions... », On y perçoit que l'information va porter sur « la décision » d'allier. Le verbe « Décider » supposant la détermination de quelqu'un à faire quelque chose, dans le cas d'espèce, on y voit des négociations déjà faites pour le contrat final avec un tiers et les conditions déjà fixées. Il y aurait donc entre le tiers et le promettant un accord sur les éléments essentiels du contrat, à savoir la chose et le prix. On serait donc en présence d'une promesse de contrat avec le tiers. Dès lors, obligation nous est faite de justifier une possible nature obligationnel de cette information. Pour ce faire la perception de la notion même d'obligation ne serait pas anodine.

Les sources d'obligations sont multiples. De par la religion, la morale¹⁷⁰ ou encore la logique on peut être obligé de quelque chose par quelqu'un. On peut distinguer trois types d'obligation selon la nature du lien : l'obligation morale, l'obligation naturelle et l'obligation juridique. L'obligation morale étant ce dont on se sent personnellement obligé ou qu'un groupe de personne nous impose de faire, par exemple le groupe religieux ou ethnique dont on appartient, n'est en effet sanctionnée que dans le fort intérieur¹⁷¹, ou l'exclusion du clan. Quant à l'obligation naturelle, en droit elle est considérée comme « toute obligation dont l'exécution forcée ne peut être exigée en justice et dont l'exécution volontaire ne peut donner lieu à répétition parce que constituant l'accomplissement d'un devoir purement moral »¹⁷². Empêtrer dans le juridique et le moral, l'obligation naturelle se justifie clairement par les propos du doyen Carbonnier, pour qui il « était possible d'aller à leur recherche des deux côtés à la fois »¹⁷³. Pour le doyen, « *pour être, au sens technique, une obligation, il faut que le devoir soit un lien de droit, ce qui implique la sanction étatique, et qu'il lie spécialement une personne à une autre, ce qui postule l'existence d'un*

¹⁷⁰ Il s'agit de ce que le Professeur J.L. CORREA appel « *Obligation morale* » et qu'il conçoit comme le fait qu'« un individu se sente obligé, par lui-même ou par son groupe social, son clan, de tenir une conduite ou un comportement », Cours droit des obligation, Inédit, p.7.

¹⁷¹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, T.4, *Les obligations*, Paris, PUF, 2000, 22^{éd.} N°7, Cité par J.L. CORREA, « Théorie générale du contrat », Inédit, ibid.

¹⁷² J.L. CORREA, « Théorie générale du contrat », ibid.

¹⁷³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, *op. cit.*

créancier déterminé ». L'obligation naturelle étant dépourvue de sanction étatique, elle ne serait qu'un « *devoir qui s'efforce de devenir obligation* »¹⁷⁴. Et enfin, on a l'obligation juridique qui, d'après le législateur sénégalais, est un lien de droit qui oblige une personne, le créancier d'exiger d'une autre personne, le débiteur l'exécution d'une prestation qui peut également être une abstention¹⁷⁵. « L'obligation ne s'impose donc qu'au débiteur, et ne profite qu'au créancier ». Elle ouvre droit à des sanctions telles que la réparation, prévues par la loi¹⁷⁶.

Cependant, même si toutes ces obligations sont passibles de sanction, ladite sanction ne serait être forcément juridique car ne relevant pas tous de la loi. Ainsi, l'obligation qui est sanctionnée par la loi, est celle qui a comme source le droit positif. Ces dites sanctions dépendront dès lors de l'objet sur lequel porte l'obligation, d'où la classification : obligation de faire, de ne pas faire et de donner. L'obligation de faire est une obligation positive, qui consiste en un acte qui doit être accompli, contrairement à l'obligation de ne pas faire, qui est une obligation négative consistant en une abstention. Dès lors, aussi opposées qu'elles puissent être, ces deux obligations ont en commun le fait qu'elles doivent être exécutées complètement sous peine de sanction. Pour ce qui est de l'obligation de donner, elle consiste en un transfert de la propriété d'une chose¹⁷⁷, à travers la délivrance¹⁷⁸ tout en respectant certaines conditions de fonds pour ce qui est des contrats spéciaux.

Par le terme « est tenu de », on peut y voir une obligation. Le promettant ne peut être contraint à la vente, mais s'il prend la décision de vendre, il devra notifier son intention au bénéficiaire du pacte, et si celui-ci accepte l'offre ainsi faite, l'acceptation vaudra vente. Dans ce cas-là, cette action informative sera la seule obligation incombant au promettant du pacte de préférence. Si elle est une obligation, elle serait une obligation non seulement juridique mais également une obligation de faire qui ouvrirait donc droit à des sanctions telles que l'exécution forcée en cas d'inexécution. Cependant, la chose peut être étonnante

¹⁷⁴ RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ. 4ème éd. 1949, n° 186.

¹⁷⁵ Art. 1^{er} COCC « L'obligation lie un débiteur à son créancier en donnant à celui-ci le droit d'exiger une prestation ou une abstention ».

¹⁷⁶ Art. 6, alinéa 2 COCC.

¹⁷⁷ Art. 4, al. 1 COCC « Celui qui est obligé à donner une chose doit en transférer la propriété ou les droits qu'il a sur la chose principale et ses accessoires ».

¹⁷⁸ Contrairement en droit français où l'obligation de donner s'apparente à un mythe dans la mesure où le transfert de propriété y est effectif dès l'échange des consentements.

dans la mesure où, dans les sanctions prévues pour les promesses de vente, applicables au pacte de préférence, le législateur nous parle de la violation d'une obligation de ne pas faire à savoir ne pas contracter avec un tiers. Or, à considérer l'information au niveau de l'article 320 comme une obligation de faire, consistant à juste informer le bénéficiaire d'une décision, il y aurait une inadéquation de sanction. Cependant, la contrainte qui pèse sur le créancier de « faire le nécessaire » pour que le débiteur exécute au mieux sa prestation « peut très bien être qualifiée d'obligation accessoire », car « dans un contrat bilatéral le créancier réunira la double qualité du créancier et du débiteur ».

Ainsi, le doyen CARBONNIER ayant révélé le caractère inapproprié de l'emploi du mot obligation pour désigner l'acte ou la formalité que la loi impose d'accomplir dans un certain délai, sous peine de ne pas acquérir un droit, ou d'encourir une déchéance¹⁷⁹ ; ne faudrait-il pas donc percevoir cette action informative comme une incombance ou encore un simple devoir.

B. L'information dans le pacte : une incombance ou un simple devoir

La notion d'« incombance » trouve son origine en droit allemand, où se sont développées, aux côtés des obligations naturelles et des obligations civiles, les *Obliegenheiten*. Dans le langage courant, elle désigne la tâche qui incombe à quelqu'un¹⁸⁰. Le concept est alors défini comme « une charge, un devoir dont l'inobservation expose son auteur non à une condamnation, mais à la perte des avantages attachés à l'accomplissement du devoir »¹⁸¹.

Se situant entre l'obligation civile et l'obligation naturelle, l'incombance contractuelle est une contrainte purement comportementale, mais sa particularité est qu'elle ne pèse sur le contractant que s'il désire obtenir l'avantage qu'elle conditionne. Il s'agit d'une exigence préalable et adventice à l'exercice d'un droit¹⁸². En amont, elle était utilisée pour qualifier les diverses déclarations et démarches qui s'imposent à l'assuré à

¹⁷⁹ J. CARBONNIER (J.), *Droit civil*, vol. 2, Les biens, les obligations, op. cit., n° 922, Cité par B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, déc. 2015.

¹⁸⁰ V. SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten*, Verlag « Versicherung swirtschaft », Karlsruhe, 1953, p. 102, Cité par B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, Déc. 2015, p.23.

¹⁸¹ Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant.

¹⁸² Issu de petites affiches, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, 07/02/2017, N°027, p.3.

l'égard de l'assureur sous peine de déchéance du droit à indemnisation en cas de survenance du sinistre.

Dès lors, l'incombance se distinguant de l'obligation civile en ce que sa méconnaissance ne peut justifier une action en exécution forcée et ne donne pas lieu, en principe, à réparation. L'incombance désigne ainsi l'exigence de diligence ou de probité imposée pour conserver le bénéfice d'un droit, dont le seul non-respect, bien que ne pouvant faire l'objet d'une exécution forcée ni d'une action en réparation, est toutefois juridiquement sanctionné¹⁸³. L'incombance se confond parfois avec le devoir car ayant une nature et fondement commun. En effet, ils sont tous deux des contraintes comportementales imposées au contractant sans être des obligations *stricto sensu*, ce sont des effets personnels non obligationnel du contrat¹⁸⁴.

Néanmoins, l'incombance doit être distinguée du devoir et c'est ainsi que Barbara FRELETEAU dans sa thèse intitulé « Devoir et incombance en matière contractuelle » démontre que « tout comportement qu'un contractant doit observer sous peine de commettre une faute est un devoir mais lorsque le droit des contrats lui impartit un certain comportement à défaut duquel il ne pourra pas obtenir un avantage escompté, il y a incombance ». Ainsi, même si le devoir et l'incombance sont des notions qui peuvent sembler identiques à première vue, car étant des normes de comportement que les parties doivent observées, mais la fraternité existante entre ces deux notions ne saurait inclure une ressemblance parfaite. En effet, au moment où le devoir illustre ce que l'on doit à autrui dans une relation contractuelle, l'incombance elle illustre ce qu'on se doit soi-même, du fait que le respect de cette incombance va de son propre intérêt. Par conséquent, si le promettant ne fait pas connaître au bénéficiaire sa décision d'aliéner et les conditions du contrat qu'il projette de passer avec un tiers, il ne pourra plus bénéficier de la protection contre ce droit de regard qu'a le bénéficiaire sur tout contrat qu'il pourra conclure avec un tiers sur le même bien objet du pacte. En effet, comme pour l'action interrogatoire¹⁸⁵ en droit français, en droit sénégalais le législateur fait intervenir la charge d'une information qui semble être

¹⁸³F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits, Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2007, p. 430, n° 1168.

¹⁸⁴ E. PUTMAN, RTD Civ. 2016 p. 976, sur la thèse de B. FRELETEAU op. cit.

¹⁸⁵ Art. 1123, al. 3, C. civ « 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 ». En principe, un tiers n'utilisant pas l'action interrogatoire peut, sous condition, voir son contrat conclu annulé ou y être évincé s'il existait au profit d'un bénéficiaire un droit de préférence.

« une action informative ». Ainsi, l'absence d'accomplissement de cette dernière prive le promettant de toute protection sur une éventuelle immixtion du bénéficiaire dans le contrat conclu avec le tiers.

Dès lors, ne s'agissant ni d'une responsabilité contractuelle, encore moins d'une responsabilité extracontractuelle, la sanction de l'incombance découlerait alors d'une responsabilité « d'incombance pour incombance », dans la mesure où l'individu y a la charge de se conformer à un comportement légalement défini dans son attitude. Ainsi, même si leur portée conceptuelle n'a pas été dégagée faute de n'avoir été identifiée expressément, les incombances existent en droit sénégalais. L'inobservation d'une incombance est spécialement sanctionnée par la déchéance du droit conditionné. La déchéance ne sanctionne pas le non-respect d'une incombance par la perte d'un droit mais par la suppression du seul pouvoir, défini comme l'instrument contenu dans tout droit subjectif et qui en permet la mise en œuvre. Le pouvoir se distingue ainsi de la capacité de jouissance, l'aptitude à être titulaire d'un droit¹⁸⁶. En ne privant que du seul pouvoir, elle n'anéantit ni l'existence valable du droit qu'elle affecte, ni a fortiori la situation juridique de l'intéressé. Ainsi, la déchéance a des fonctions variantes : tantôt punitive, tantôt préventive et remplit également des fonctions protectrices et dissuasives importantes qui en font un outil précieux à l'usage du législateur et des contractants¹⁸⁷.

Cependant, l'incombance nécessitant la fixation d'un délai pendant lequel une personne doit accomplir un devoir sous peine de perdre un droit, l'article 320 COCC ne remplit pas ces conditions. En plus, en accomplissant cette contrainte comportementale d'information, la conséquence première n'est pas sa protection contre le droit de regard qu'a le bénéficiaire sur tout contrat conclu avec le tiers sur le même bien, mais plutôt l'opportunité pour le bénéficiaire de voir son droit de préemption respecté et d'entrer ainsi en négociation. Par conséquent, l'accomplissement de ce devoir priorise les droits du bénéficiaire au profit des avantages du promettant. Or, l'incombance contractuelle en tant que contrainte ponctuelle, accessoire à l'exercice d'un droit, n'a à être observée par son titulaire que dans son propre intérêt, s'il entend pouvoir effectivement jouir de sa

¹⁸⁶ F. LUXEMBOURG, « *La déchéance des droits - Contribution à l'étude des sanctions civiles* », Th. 472 pages, Parution : 04/2008, consulté le 10/05/2018 à 15h 05mn sur <https://www.lgdj.fr>.

¹⁸⁷F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits, Contribution à l'étude des sanctions civiles, Ibid.*

prérogative. « Est tenu de... » ne peut donc être considéré comme une incombance. Ne s'agirait-il donc-t-il pas d'un simple devoir d'information ?

Il est en effet, courant d'employer indifféremment les expressions d'« obligation d'information » ou de « devoir d'information ». Mais comment distinguer les obligations légales des devoirs ? Il faut avouer que l'exposé doctrinal ne brille pas par sa clarté.

Le devoir est à la fois un verbe transitif issu du latin « *debere* », qui signifie « être tenu à quelque chose par la loi, les convenances, l'honneur, l'équité, la morale »¹⁸⁸. Conformément à une tradition romaniste allemande, le doyen Carbonnier enseigne que « le verbe devoir est au cœur de la notion d'obligation », tout en reconnaissant que ce verbe « est plus facilement senti que défini »¹⁸⁹. L'obligation serait composée de la *schuld* (*debitum*, le devoir bilatéral) et de la *haftung* (*obligatio*, contrainte)¹⁹⁰. D'où la conclusion du doyen Carbonnier : « pour être, au sens technique, une obligation, il faut que le devoir soit un lien de droit, ce qui implique la sanction étatique, et qu'il lie spécialement une personne à une autre, ce qui postule l'existence d'un créancier déterminé ». Le devoir ne serait donc qu'une composante de l'obligation.

L'information dont fait allusion le législateur à l'article 320 renverrait donc à un devoir contractuel¹⁹¹ d'origine légale. Le devoir contractuel ici serait apprécié dans le contrat de préférence, mais pour le contrat éventuel sur lequel porte la préférence, l'information constituerait un devoir précontractuel. « Le promettant est tenu de faire connaître au bénéficiaire sa décision d'aliéner et les conditions du contrat qu'il projette de passer avec un tiers », mais s'il ne le fait pas aucune sanction n'est prévue contre lui. Il s'agit du fonctionnement typique du devoir car, ce dernier ressort plus de la morale¹⁹².

¹⁸⁸ V. Dictionnaire Le grand Robert de la langue française. Cité par B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit, p.14.

¹⁸⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil, T.4, Les obligations*, PUF Thémis 22ème éd. 2000, op. cit.

¹⁹⁰ CORNIL, *Debitum et obligatio, recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine*, in Mélanges GIRARD, 1912, T.1, p.199.

¹⁹¹ Cette notion de « Devoir contractuel » est mal perçue par certains auteurs pour qui « toute contrainte résultant de la conclusion du contrat serait une obligation, et le manquement au devoir serait une faute extérieure au contrat, qui engagerait la responsabilité délictuelle du contractant. Ainsi, « l'expression « devoirs contractuels » recèlerait une contradiction dans les termes ». V. J-P. CHAZAL, « *Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ?* » ; W. YUNG, « Devoirs généraux et obligations ».

¹⁹² E. FABRE-MAGNAN, « De l'obligation d'information dans les contrats », LGDJ. 1992, n°6.

En outre, si pour le pacte de préférence le législateur peine à déterminer avec clarté les obligations des contractants afin de pouvoir leur décerner une sanction exclusive, dans la promesse unilatérale de vente on a un véritable engagement de contracter qui mérite ses sanctions.

PARAGRAPHE II : Une obligation de contracter dans la promesse unilatérale

La promesse unilatérale ne doit pas être confondue avec l'offre de contrat, elle est constitutive d'un contrat unilatéral. L'offre de contrat est la manifestation d'une volonté solitaire, alors que la promesse de contrat est un contrat en ce sens qu'elle repose sur un accord de volonté, sur un échange de consentement. Le promettant s'engage donc à un contrat futur envers le bénéficiaire(A), lequel accepte cet engagement. Ainsi, ceci confère au bénéficiaire de la promesse un droit d'option (le droit de conclure ou de ne pas conclure le contrat définitif). Le bénéficiaire est investi sur le fondement d'un contrat : la promesse unilatérale. Il est investi d'un droit d'option(B).

A. L'obligation du promettant

Le promettant d'une promesse unilatérale de vente s'engage à la vente de la chose convenue. La promesse unilatérale se distingue de l'offre en ce qu'elle implique un accord de volontés. En effet, l'offre peut être retirée tant qu'elle n'a pas été acceptée par son destinataire. Une fois acceptée, elle devient irrévocable pour son auteur. Il s'agit donc d'une manifestation unilatérale de volonté qui est, en principe, révocable. Or, la promesse de contrat oblige son auteur à conclure le contrat envisagé. Donc le promettant ne peut, ni se rétracter, ni négocier avec un tiers, sauf s'agissant, éventuellement, des modalités d'exécution du contrat. Par ailleurs, le promettant consent de manière irrévocable à la conclusion d'un contrat dont la réalisation dépend du bon vouloir du bénéficiaire.

En effet, le promettant a, d'ores et déjà donné son consentement au contrat définitif, justifiant d'ailleurs l'exigence de la capacité du promettant qui doit être appréciée le jour de la conclusion de la promesse contrairement à celle du bénéficiaire qui sera exigée qu'au jour de la levée de l'option. Dès lors, pour que le contrat définitif soit conclu, il ne manquerait que le consentement du bénéficiaire. Ce consentement peut être donné jusqu'à l'expiration du délai d'option. La conséquence est que le promettant ne pourra pas revenir sur sa promesse. Cependant, on s'interroge sur la nature de l'obligation en cause, car en effet, le législateur n'a pas eu la diligence de la préciser. S'agirait-il d'une obligation de

faire, de ne pas faire ou encore de donner ? Sur la question, jurisprudence et doctrine n'ont pas manqué dans la mesure où la nature de l'obligation guide sur la sanction adéquate applicable.

En premier lieu, il faut écarter l'obligation de donner car, en effet, le contrat de promesse unilatérale n'opère pas transfert de propriété. La levée d'option n'est jamais rétroactive, puisque jusqu'à cette date, le bénéficiaire n'a pas donné son consentement à la vente. Sa renonciation à la vente n'est pas fautive ; à l'expiration du délai, il doit manifester définitivement sa volonté. Or, l'obligation de donner dès la promesse suppose que celle-ci ne donne naissance qu'à un droit « éventuel », thèse totalement abandonnée aujourd'hui. La nature du droit d'option comme « droit actuel » est reconnue depuis longtemps¹⁹³, mais cette reconnaissance n'a pas été suivie de tous les effets souhaitables. Le bénéficiaire a acquis un droit qu'il doit pouvoir exercer à tout moment par sa seule volonté.

L'obligation du promettant dans une promesse unilatérale ne serait-elle pas alors une simple obligation de faire¹⁹⁴ ? A savoir la vente de la chose promise, comme dit l'adage : chose promise, chose due ! En effet, du fait de l'exclusivité dont dispose le bénéficiaire de la promesse, acquise de par la force obligatoire des contrats, le promettant s'engage donc à une obligation de maintenir cette exclusivité. L'obligation du promettant constituerait alors, tant que le bénéficiaire n'a pas déclaré acquérir le bien, qu'une simple obligation de faire.

Cependant, ne faudrait-il pas être perplexe sur l'intérêt même que l'obligation née d'une promesse unilatérale soit une obligation de faire ? Obligation de maintenir l'offre ? Obligation de conclure la vente a-t-elle un sens ? Puisque le promettant a consenti actuellement et irrévocablement à la vente, la levée de l'option suffit à rendre celle-ci parfaite, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'obligation de faire. Or, dire que le promettant a consenti irrévocablement à la vente, est difficilement compatible avec l'analyse selon laquelle celui-ci serait tenu simplement d'une obligation de faire.

Dès lors, il paraît évident que le législateur sénégalais penche pour une obligation négative à savoir celle de ne pas faire pour ce qui est des promesses unilatérales. Ainsi, il affirme cette position en soutenant que si malgré sa promesse, le promettant vend la chose à un tiers, le bénéficiaire pourra lui réclamer des dommages et intérêts et une possible

¹⁹³P. SABATIER, Congrès des notaires, 1964.

¹⁹⁴ Cass. Civ3^{ème}. Arrêt n° 91-10.199, rendu le 15-12-1993, Recueil D.1994 p. 507.

annulation du contrat passé avec le tiers à condition que le bénéficiaire puisse prouver la mauvaise foi du tiers au moment de l'acquisition¹⁹⁵. L'obligation de ne pas faire doit être exécutée complètement par son débiteur¹⁹⁶. Si le promettant contracte avec un tiers, il viole son obligation de ne pas faire, laquelle lui impose de ne pas disposer de la chose promise tant que le délai d'option n'est pas écoulé. Négativement donc, le promettant est tenu, jusqu'à l'expiration du délai d'option, de ne pas disposer de la chose au profit d'une personne autre que le bénéficiaire. Tout va dépendre ici, si le tiers est de bonne ou mauvaise foi qui s'analysera de par la connaissance par le tiers de l'existence de la promesse. Ainsi, de bonne foi, le bénéficiaire ne pourra pas obtenir l'annulation de la vente mais des dommages et intérêts à l'égard du promettant. Si le tiers est de mauvaise foi en ayant connaissance de l'existence de la promesse unilatérale de vente, le bénéficiaire pourra obtenir l'annulation de la vente qui a été faite au mépris de ses droits. Dans ce cas, l'intérêt à agir du bénéficiaire serait l'établissement de sa ferme intention de lever l'option. Par ailleurs, la limitation de la sanction de l'obligation de ne pas faire du promettant en un simple versement de dommages et intérêts et tout au plus à l'annulation du contrat passé avec le tiers sans pour autant évoqué la possibilité d'une exécution forcée du contrat dont il avait préalablement consenti est étonnante. Car, l'exécution forcée est en effet admise en droit sénégalais¹⁹⁷, donc le bénéficiaire devrait pouvoir demander en justice l'exécution forcée de l'obligation de ne pas faire du promettant.

Dès lors, dans son obligation de ne pas faire, le promettant ne se voit pas seulement limiter dans son droit de disposer du bien objet de la promesse, mais de façon générale il ne doit pas se permettre d'accomplir des actes qui pourront compromettre le droit d'option du bénéficiaire.

B. Le droit d'option du bénéficiaire

Le propre de la promesse unilatérale de contrat n'est pas d'envisager, de façon simplement préparatoire et exploratoire, la possibilité d'un futur contrat, mais bel et bien de conférer à l'une des parties (le bénéficiaire) une option lui permettant de conclure à des conditions déterminées un contrat avec une autre (le promettant)¹⁹⁸. La levée d'option est

¹⁹⁵ Art. 326 COCC.

¹⁹⁶ Art 6, al. 1 COCC.

¹⁹⁷ Art. 105 COCC.

¹⁹⁸ B. FAGES, « Le vent des promesses », RTD Civ. 2011 p. 532.

donc rattachée à la promesse unilatérale de vente. Ainsi, la promesse unilatérale de vente contenant les éléments essentiels du contrat de vente à venir, donne naissance à un droit d'option spécifique qui a pour but de permettre au bénéficiaire d'exercer ce droit en toute liberté et en toute sérénité pendant le délai stipulé. Il doit être respecté dans son entier. Le droit d'option a pour corollaire une obligation mise à la charge du promettant. Dès lors, le droit d'option est valable au plus tard jusqu'au terme du délai imparti dans la promesse unilatérale. Le bénéficiaire de la promesse doit donc se décider s'il peut lever ou ne peut pas lever l'option et ceci dans une totale liberté.

Dès lors, le législateur ne soumet la levée d'option à aucune forme particulière, elle peut donc être aussi bien expresse que tacite¹⁹⁹. Cependant, la levée d'option étant une déclaration de volonté d'exercer une possibilité offerte doit de préférence être expresse, car l'absence de formalisme a des incidences sur la preuve de la réalité de cet acte et de sa date. En effet, cette preuve conditionne la formation définitive du contrat de vente. Ainsi, pour plus de sécurité et de clarté il est préférable que la forme de la levée de l'option soit précisée dans la promesse.

Lorsque l'acheteur lève l'option, les deux parties sont alors définitivement engagées : l'acheteur à acheter, et le vendeur à vendre le bien. L'acheteur ne peut plus changer d'avis en refusant de signer l'acte de vente définitif car, la vente est désormais conclue de façon consensuelle. Le consentement rend parfait la promesse et la levée de l'option conclue la vente²⁰⁰. Mais l'acheteur est aussi libre de décider de ne pas lever l'option. Selon ce qui a été prévu lors de la promesse, ce refus de lever l'option peut être exprès ou tacite : soit l'acheteur fait savoir qu'il ne lève pas l'option avant la date butoir prévue pour la levée d'option, soit il renonce tacitement en laissant passer la date butoir sans se manifester. Dans ce cas, la promesse est caduque. Le vendeur retrouve sa liberté de vendre à quelqu'un d'autre. Par contre, l'indemnité d'immobilisation versée par l'acheteur au vendeur sera conservée par ce dernier. La raison est que l'acheteur aura immobilisé « pour rien » le bien puisqu'au final, il ne l'aura pas acheté. Ainsi, seule la levée de l'option peut permettre la conclusion du contrat et le promettant n'a plus le droit de se rétracter.

¹⁹⁹Cass. civ 3, 19 décembre 2012, 08-14.225, Publié au bull officiel, consulté sur <https://www.legifrance.gouv.fr>, le 08/05/2018 à 11h 53mn.

²⁰⁰ Art. 325, al. 2 COCC « La promesse de vente est parfaite dès l'échange des consentements et la vente est conclue au moment où l'acquéreur lève l'option ».

Dès lors, si le promettant s'aventure à se rétracter avant la levée de l'option, alors la conclusion du contrat future posera problème. Cependant, il est malheureux de constater que le COCC n'a pas une fois de suite eu la diligence de prévoir la situation de la rétractation du promettant avant la levée de l'option, afin que si elle se présente une sanction claire, précise et motivée puisse être appliquée. En effet, le code prévoit des sanctions pour le cas où la chose promise a été vendue à un tiers. Situation qui en réalité diffère de la rétractation pure et simple, car on peut se rétracter sans pour autant vendre à quelqu'un d'autre. Dans ce cas on décide simplement de ne plus vendre.

En effet, dans ce cas précis on se rend compte qu'il n'y a pas de rencontre des volontés, car au moment où le bénéficiaire consent au contrat, le promettant lui avait déjà retiré son consentement. Dans un tel schéma, toute possibilité de rencontre des volontés a définitivement disparu du fait de la rétractation, or le contrat suppose la rencontre de deux volontés au moins pour être formé. La rétractation fait donc obstacle à la formation du contrat. Ce qui justifie cette décision du juge français, selon laquelle : « 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 peut être ordonnée²⁰¹ ». « Toutes les démonstrations les plus savantes ne feront pas disparaître un fait décisif : le vendeur qui s'est rétracté ne veut plus vendre. Et si le juge peut beaucoup, il ne peut pas ressusciter un consentement qui s'est dissout dans le mépris de la parole donnée ». La rétractation, parce qu'elle exprime un désaccord à la formation du contrat promis, empêche définitivement sa formation²⁰². En outre, il est clair que le promettant en se rétractant commet une faute à travers la violation de la promesse unilatérale de vente. Sa faute est avérée et sa responsabilité engagée. Mais, en l'absence d'accord de volonté la sanction de la rétractation du promettant avant la levée de l'option du bénéficiaire dans une promesse unilatérale de vente ne peut être que le versement de dommages et intérêts.

Cette position est cependant fortement critiquable²⁰³ dans la mesure où, elle rend le contrat de promesse friable, puisque à la merci de la volonté du promettant²⁰⁴ et sa

²⁰¹Civ. 3^e, 11 mai 2011, préc.

²⁰²N. MOLFESSIS, « De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapté doit être banni », Recueil D. 2012 p. 231.

²⁰³E. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », RTD civ. 1996.

justification juridique reste à être prouvée. Cette position prive également la promesse unilatérale de vente de tout son intérêt pratique dans la mesure où, au lieu que la conclusion du contrat promis dépende de la volonté unilatérale du bénéficiaire, elle dépend aussi désormais de la volonté du promettant qui peut y faire échec en se rétractant. Ainsi, dans l'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des obligations, il est précisé que « La rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat promis²⁰⁵ ».

En l'espèce, la problématique est sans rapport avec la rupture des contrats à durée indéterminée, dans lesquels la faculté de rompre unilatéralement le lien contractuel relève d'une liberté fondamentale. Au cas présent, une partie entend se soustraire à son engagement, en y mettant un terme avant que le créancier n'exerce le droit qu'il lui avait accordé. A ce titre, elle est clairement distincte de celle que soulève l'exercice abusif d'un droit de rupture unilatéral. Le promettant n'abuse pas de son droit de rompre ; il rompt sans droit²⁰⁶. On se demande alors sur quoi nous nous baserons pour acquiescer dans un système juridique qui rechigne à admettre que la volonté unilatérale puisse créer des obligations, que cette même volonté là, par la puissance juridique mette fin discrétionnairement aux obligations dont son auteur est tenu ? Cependant, l'espoir est permis dans la mesure où les raisons nous en sont données ! Les raisons qui permettent d'espérer encore la restauration de ce contrat préparatoire que constitue la promesse unilatérale de contrat, résident dans le projet d'acte uniforme de l'OHADA sur le droit des contrats.

En outre, cet espoir ne peut en aucun cas nous empêcher d'œuvrer dans le perfectionnement de ce qui est actuellement notre droit constant à savoir le COCC. Ainsi, une proposition de mise en cohérence dans la réglementation des avant-contrats du COCC s'impose à nous, afin de pouvoir y percevoir l'existence d'une théorie générale des avant-contrats.

²⁰⁴ N. MOLFESSIS, « De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapté doit être banni », *ibid.*

²⁰⁵ Art. 54, al. 2 du Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA, par les professeurs J.I. SAYEGH, P.G. POUGOUE et F.M. SAWADOGO.

²⁰⁶ N. MOLFESSIS, « De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapté doit être banni », *op. cit.*, p.5.

DEUXIEME PARTIE : LA CONSTRUCTION D'UNE THEORIE GENERALE DES AVANT- CONTRAT DANS LE COCC

Déconstruire pour déconstruire n'est point utile. La meilleure déconstruction est celle destinée à une fin reconstructrice. Lorsqu'on se permet donc de critiquer le droit constant, l'honnêteté intellectuelle voudrait que l'on puisse proposer quelque chose de mieux. Ainsi, à travers les maladresses et défaillances détectées dans les lignes du COCC, on se sent obligé de mettre en cohérence les dispositions de ce dernier afin de faciliter sa compréhension à ses usagés.

En réalité, un excès d'interprétations divergentes sur une disposition législative est le plus souvent dû à une rédaction ambiguë. Or, les avant-contrats subissent de 1957 à nos jours des interprétations distinctes lorsqu'il s'agit de les mettre en œuvre. Notre tentative de mise en cohérence prendra donc en compte aussi bien les transactions immobilières (chapitre I), que la question relative au régime due au pacte de préférence (chapitre II). Rappelons ainsi, que les promesses de contracter, et les pactes de préférence s'inscrivent dans le temps de l'avant contrat, de la négociation, elles sont des techniques juridiques contractuelles qui permettent d'instrumentaliser la négociation d'un contrat futur.

CHAPITRE I: Une mise en cohérence dans la réglementation des transactions immobilières

La réglementation des transactions immobilières n'est pas aisée à appréhender. En effet, on y voit des notions qui vont et reviennent sans aucune précision. Ce désordre entraîne un batail de débat doctrinal auquel, les juristes sénégalais se sont attelés avec ardeur et ténacité. La question de savoir quoi formalisé ou même quand formalisé ne cesse de semer la zizanie entre eux. Dans les Amphis théâtre, chacun expliquera à ses étudiants, la chose selon sa conception. Et dans les débats interuniversitaires, cela est devenu un problème d'école. Mais jusqu'à quand cette discorde ? Il est temps que les juristes sénégalais prennent les choses en main, afin de guider le législateur dans une voie raisonnable de réforme législative allant dans le sens des avant-contrats telles que les promesses synallagmatiques de vente d'immeubles immatriculés entre autres. Mais

d'ambly, il se doit de proposer la suppression de l'article 382 COCC (section I) avant d'en venir à une tentative de réécriture des dispositions relatives à la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé (section II)

SECTION I : Retour sur l'article 382 COCC

L'accession à la propriété immobilière est l'ambition légitime de tout un chacun. Mais, on constate que les parties souhaitant effectuer des transactions immobilières sont en général prises entre les filets de toute une série de formalités. Or, ces dernières peuvent être effectuées par un professionnel (mandataire dûment habilité par une capacité professionnelle) ou par un particulier. Le recours à un professionnel compétent et sérieux permettait d'éviter les mésaventures souvent rencontrées par les parties à l'acquisition de biens immobiliers.

Cependant, les transactions immobilières n'étant pas clairement règlementées dans le code, la jurisprudence ou parfois la doctrine en ont des perceptions différentes. Afin de mettre fin à ce problème, il serait judicieux de procéder à la suppression de l'article 382 COCC, du fait de son inopportunité (paragraphe I) et puis procéder à une réorganisation cohérente des formalités liées au contrat définitif (paragraphe II).

PARAGRAPHE I : L'inopportunité de l'article 382

L'opportunité d'une disposition législative tient à son caractère opportun à savoir venir à point, être commode, avantageux voire utile. Mais, lorsqu'une disposition régit ce qui l'est déjà, son caractère inopportun s'affiche clairement. Et son utilité se voit remise en question. Ainsi, l'article 382 COCC est une disposition située dans le chapitre traitant des contrats spéciaux plus précisément les contrats relatifs aux droits réels portant sur les immeubles immatriculés. La spécificité de ce chapitre devrait en principe se refléter dans les dispositions qui le composent en étant claire et limpide, afin de faciliter sa compréhension pour une bonne application. Mais, le constat évident que l'on se désole de faire est le caractère inopportun de l'une de ses dispositions créant une ambiguïté dans toute la réglementation des transactions immobilières.

Le caractère inopportun de cette disposition tient en fait à cette consécration répétitive qu'elle fait sur l'autonomie de la promesse synallagmatique de vente (A) mais également de la répétition inutile de l'obligation d'inscription foncière (B).

A. Une consécration répétitive de l'autonomie de la promesse synallagmatique

La promesse synallagmatique est celle par laquelle les deux parties sont d'accord, le vendeur peut vendre, l'acheteur pour acheter une chose déterminée pour un prix fixé²⁰⁷, nous dit le législateur sénégalais. L'accord des parties à cette promesse signifie, qu'elles ont toutes les deux consenti à cet avant-contrat. Or, le principe en droit sénégalais est que le consentement forme le contrat. Le consensualisme s'oppose dès lors au formalisme. Ce qui justifie d'ailleurs l'article 41 COCC, où il a été précisé qu'aucune forme n'est requise pour la formation du contrat, sous réserve des dispositions exigeant un écrit ou d'autres formalités pour la validité d'un contrat déterminé. Le contrat consensuel se forme uniquement par l'effet de la volonté. Il n'exige aucun respect d'une formalité quelconque, ni la remise d'une chose. Le principe du consensualisme s'oppose au droit romain, qui posait l'exigence de formes particulières. L'apparition de ces contrats à Rome est une véritable révolution juridique, elle se produit au 3^{ème} siècle avant J.C. Le consensualisme contient une théorie de la convention fondée sur une procédure, l'échange des consentements et une norme, *pacta sunt servanda*. Clause générale de validité des contrats, le consensualisme permet de transformer, dans la limite de l'illicite et de l'immoral, tout fait de l'homme en opération juridique. De ce fait, le système consensualiste ignore la distinction de l'ordre juridique et de l'ordre moral. Le juge se trouve alors automatiquement doter des plus larges pouvoirs d'investigation en matière conventionnelle.

Le consensualisme est aussi riche de conséquences dans la théorie des sources. La norme *pacta sunt servanda* nourrit le pluralisme dans la théorie des sources du droit en offrant un fondement aux systèmes de régulations concurrents des systèmes formels²⁰⁸. Cependant cette place qu'a le principe du consensualisme dans la théorie générale des contrats n'est pas une raison d'en faire une double réglementation au niveau des promesses synallagmatiques.

En effet, au niveau de l'alinéa 1^{er} de l'article 382 COCC, le principe du consensualisme dans les promesses synallagmatiques a été réitéré en ces termes : « L'acte par lequel les parties s'engagent, l'une à céder, l'autre à acquérir un droit sur l'immeuble, est

²⁰⁷ Art. 322 COCC.

²⁰⁸ V. FORRAY, « Le consensualisme dans la théorie générale du contrat », Mars 2007.

une promesse synallagmatique de contrat ». Or, la chose était assez claire dans l'article 322, à croire que les pères du COCC n'avaient pas assez d'éléments pour remplir leur code. On constate que même au niveau de l'article 322, le législateur était beaucoup plus précis dans la mesure où il revient sur deux éléments essentiels à savoir la « chose » et le « prix ». Mais dans l'article 382, seule la « chose » est précisée et d'ailleurs la nature même de la chose a été indiquée : l'immeuble. Mais il fait abstention du « prix », qui est l'objet même de l'obligation de l'autre partie. Or, il est lui-même revenu sur l'importance du prix dans les transactions immobilières. Ainsi, précise-t-il que : « le prix doit être strictement indiqué dans le contrat »²⁰⁹. Il est vrai que le prix est payé à la délivrance de la chose, mais sa détermination dans le contrat est essentielle²¹⁰. Il n'y a pas de vente s'il n'y a pas de prix fixe ou si celui qui a été stipulé apparaît comme fictif ou dérisoire²¹¹. On se demande alors quel est l'intérêt de cet alinéa premier ? Disposition qui revient non seulement sur ce qui a déjà été dit mais qui manque d'y revenir loyalement.

On peut donc dire qu'elle est tout simplement sans intérêt. Cette répétition est inopportune et peut même prêter à confusion dans la mesure où dans cette partie du COCC traitant un domaine particulier de la vente, seules les conventions ayant une particularité devraient y figurer. Or, pour ce qui est de la promesse synallagmatique, elle reste inchangée que ça soit pour la préparation d'un contrat consensuel ou encore solennel : elle, elle reste consensuelle. Dans cette partie du code, le législateur aurait dû se limiter à parler de la vente immobilière en tant que telle et laisser en rade tout ce qui est promesse, sachant qu'il la suffisamment réglementé dans la vente en générale. Ainsi, il aurait pu éviter cette ambiguïté dans la compréhension des transactions immobilières.

Par ailleurs le caractère consensuel de la promesse synallagmatique n'est pas le seul point sur lequel le législateur est revenu à deux reprises sans aucun motif valable. On a également l'inscription foncière obligatoire.

²⁰⁹ Art. 385 COCC.

²¹⁰ Art 279 COCC « Le prix de vente doit être déterminé ou déterminable ».

²¹¹ Art. 268 COCC.

B. Une répétition inutile de l'obligation d'inscription foncière

L'inscription foncière au Sénégal²¹² est une condition de transfert de propriété. Le régime de la propriété foncière est organisé au Sénégal par le décret du 26 juillet 1932 qui a instauré définitivement le système de l'immatriculation des terres et des livres fonciers. Son introduction au Sénégal est fort ancienne puisqu'elle remonte au décret du 20 juillet 1900 abrogé et remplacé par le décret du 24 juillet 1906, lui-même abrogé et remplacé par celui du 26 juillet 1932²¹³. Ce dernier sera enfin abrogé et remplacé par la loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière (jusqu'à en vigueur).

En effet, l'acquisition du droit réel résulte de la mention au titre foncier du nom du nouveau titulaire du droit. Il faut donc procéder à cette inscription foncière pour transférer la propriété d'un immeuble immatriculé. Il s'agit là d'une formalité particulière qui n'est applicable qu'au droit immobilier. Ceci s'explique par la sacralité de la terre au Sénégal mais également par le fait que l'immeuble a toujours une assez grande valeur comparée au meuble en général. L'inscription au livre foncier serait un formalisme d'exécution dans les transactions immobilières car, procédant au transfert de propriété de l'immeuble en question et en même temps rendant le contrat final opposable aux tiers. Cette inscription ne concerne alors que le contrat définitif car la promesse de contrat ne fait peser sur les parties qu'une obligation de faire et ne saurait à elle seule entraîner le transfert de la propriété des immeubles promises à la vente²¹⁴. Le formalisme serait obligatoire au moment où les parties décideraient d'exécuter le contrat prévu.

Contrairement à ce que soutiennent certains auteurs, en matière immobilière, l'avant contrat ne se mue pas en contrat définitif, mais il prédétermine plutôt le contrat définitif.

²¹²La réglementation foncière n'est pas codifiée au Sénégal. Elle se retrouve dispersée dans des textes législatifs et réglementaires éparses qu'il serait inopportun d'énumérer exhaustivement dans cette note. Il conviendrait juste d'en rappeler certains, dans l'ordre chronologique :

-L'Arrêté du 5 novembre 1830 promulguant le C. civ napoléonien de 1804 a instauré le régime de la transcription des hypothèques qui, en l'absence d'archives écrites sur les transactions immobilières, bien qu'ayant fait ses preuves dans d'autres pays aux traditions anciennes d'écriture, s'est rapidement révélé incapable d'assurer la sécurité foncière.

-La loi n°64-46 du 17 juin 1964 relative au Domaine national et ses multiples décrets d'application. L'une des principales spécificités de cette loi est qu'elle possède à la fois une portée domaniale et foncière.

-La loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière a abrogé et remplacé le décret du 26 juillet 1932.

²¹³Exposé des motifs de la Loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la Propriété foncière

²¹⁴C.A. Dakar, arrêt n° 21 du 15 janvier 2004, inédit, Cités par J.L. CORREA, « Contribution à l'étude de l'obligation de donner en droit sénégalais des obligations », op. cit.

En effet, la promesse synallagmatique reste un avant-contrat jusqu'à ce qu'il fasse d'abord l'objet d'authentification puis d'inscription au livre foncier.

En outre, même si certains spécialistes prennent le contre-pied de ce raisonnement, on ne saurait trop leur en tenir rigueur dans la mesure où ils raisonnent en terme de contrats spéciaux et pour eux tout doit y être spécial, même le contrat qui sert de préparation. La perfection du contrat dans les transactions immobilières concerne seulement le contrat définitif car étant le seul à imposer le transfert de propriété par l'inscription au livre foncier. Par cette affirmation, on perçoit aisément cette ressemblance frappante entre les dispositions de l'article 381 et 382 alinéa 2. En effet, dans l'article 381, le législateur parle d'abord d'« acquisition de droit réel » or, on acquiert ce droit en perfectionnant le contrat de vente en tant que tel comme prévu à l'article 382 alinéa 2. Ainsi, qui dit perfection de la vente immobilière, dit transfert de propriété et qui dit transfert de propriété dit l'inscription du transfert du droit à la Conservation de la propriété foncière. Par conséquent ces deux dispositions parlent de la même chose. Il ne s'agit que de la mise en exergue de l'obligation de d'inscription au livre foncier.

Mais il est nécessaire de souligner cette contradiction que le législateur fait dans les obligations qui naissent de la promesse synallagmatique. En effet, dans l'article 323, il parle de l'obligation de perfection du contrat en accomplissant les formalités nécessaires à sa formation : il s'agit donc là d'un besoin de formation du contrat. Or, dans l'article 382 alinéa 2, toujours dans la réglementation des avant-contrats, il nous parle de l'obligation de perfection du contrat en faisant procéder à l'inscription du transfert du droit à la Conservation de la propriété foncière : ici il s'agit plutôt d'une obligation d'exécution du contrat. En réalité une promesse de vente d'immeuble ne peut donner lieu directement à une exécution du contrat définitif. Car l'obligation que fait naître la promesse est l'obligation de conclusion du contrat définitif qui ne concerne que le passage par devant notaire. Ceci traduit une fois de plus l'inopportunité de cet article 382.

Dans cet alinéa 2 de l'article 382 on voit qu'il n'y a aucune nouveauté, seul ce qui a déjà était réglementé y figure comme pour l'alinéa premier. « La répétition est pédagogique » dit-on ! Dans le cas des transactions immobilières, cette attitude du législateur pourrait peut-être s'expliquer par le fait que le foncier est un domaine qui mérite une réglementation formelle ardue d'où cette répétition insistante. Mais la pédagogie dans

la répétition n'est pas tout le temps concevable, surtout lorsqu'il s'agit d'un écrit à but réglementaire, comme la loi. Ces répétitions dans le COCC, n'ont aucun intérêt et sont à la limite ennuyantes. L'article 382 est non seulement inopportun mais également source de d'incompréhension lorsqu'il s'agit de l'appliquer dans un milieu où le foncier est empêtré dans l'instant des lois et la contemporanéité de la coutume et des traditions.

Il est tant que le législateur sénégalais intervienne par une réécriture univoque de ces textes, pour clarifier l'édifice des doctrinaires, juges et étudiants sur la question des transactions immobilières. Cependant, cette réécriture doit passer par une réorganisation cohérente des formalités du contrat définitif.

PARAGRAPHE II : La réorganisation cohérente des formalités du contrat définitif

Traditionnellement, les terres étaient détenues par la communauté et gérées par les « Lamane » qui les administraient et les attribuaient, afin qu'elles soient exploitées avec un souci d'équité. Le juge feu Kéba Mbaye, un des plus grands juristes sénégalais, expliquait qu'en Afrique « la terre est une création divine, comme le ciel, comme l'air comme les mers. Elle est à Dieu, aux dieux et aux ancêtres ». Ce principe a été consacré par un décret de 1955²¹⁵. Voilà ici, une explication de la sacralité de la terre et des raisons de son fort formalisme.

Le contrat définitif que la promesse synallagmatique prépare dans une transaction immobilière, est un contrat solennel. Il s'agit d'une exception du consensualisme de l'article 41 COCC. Mais, on est en présence d'une solennité particulière. En effet, on constate l'existence d'un double formalisme. Des formalités qui sont tellement désorganisées dans leurs dispositions qu'on a du mal à les comprendre. Ainsi, dans notre tentative de réorganisation on mettra à nu toutes ces deux formalités afin de faciliter leur perception. Il sera donc question de voir d'abord la première exigence qu'est la formalité liée à la validité du contrat(A) puis, la seconde liée à une formalité d'exécution du contrat (B).

²¹⁵ A. DIAGNE, « A qui appartient la terre aujourd'hui ? » Fiche d'info et guide, consulté le 01/06/18, à 13h 44mn sur <https://fr.africacheck.org/factsheets/fiche-dinfo-a-qui-appartient-la-terre-au-senegal>.

A. L'exigence d'une formalité de validité du contrat

« Aucune forme n'est requise pour la formation du contrat, sous réserve des dispositions exigeant un écrit ou d'autres formalités pour la validité d'un contrat déterminé », dispose l'article 41 COCC. En principe, le contrat doit donc être formé librement par la seule rencontre des volontés des parties. Mais, puisque l'exception confirme la règle, pour certains contrats tel que la vente immobilière, en plus des consentements, la loi exige une formalité non pas d'exécution, mais plutôt de validité du contrat. En France, la vente immobilière doit être constatée par acte notarié et cette constatation n'est pas une condition de formation de la vente immobilière. Contrairement au Sénégal, l'acte notarié dans la conclusion d'une vente immobilière est d'ordre public, on ne peut donc pas y déroger.

Dans le domaine du foncier la formation du contrat de vente nécessite un écrit. Ce contrat constitue donc l'exception du consensualisme dont dispose l'article 41. L'acte de vente d'un bien immeuble doit impérativement être établi par les soins d'un notaire. L'écrit exigé dans la vente d'immeuble immatriculé est un écrit authentique.

Un acte authentique²¹⁶ est un écrit officiel, rédigé par un officier public tel qu'un notaire, un officier de l'état civil, un magistrat ou un huissier de justice. Le fait qu'il soit dressé par un officier public lui donne une certaine validité et un caractère incontestable. L'acte notarié est un acte authentique, mais il n'est pas le seul. L'acte de naissance est aussi un acte authentique, par exemple. L'acte authentique se différencie de l'acte sous seing privé, qui est signé par des particuliers, sans intervention d'un officier public. Bien au-delà de la sécurisation des intérêts des parties à la vente, le formalisme légal en matière de ventes d'immeubles se justifie par un souci de sécurisation des transactions portant sur le patrimoine immobilier. Ce dernier peut donc être considéré comme relevant d'une question d'ordre public. D'où la sécurisation juridique de l'opération de vente grâce à l'intervention de l'officier public qu'est le notaire. Le contrat de vente immobilier doit donc à peine de nullité absolue, être passé par devant un notaire territorialement compétent sauf dispositions législatives ou réglementaires contraires²¹⁷. Par conséquent, la vente

²¹⁶ Le législateur sénégalais le définit dans son article 17 COCC comme telle : « L'acte authentique est celui qui a été reçu par un officier public compétent instrumentant dans les formes requises par la loi ».

²¹⁷ Art. 383 COCC.

immobilière sous seings privée est nulle d'une nullité absolue car sanctionnant une condition de validité édictée dans l'intérêt général²¹⁸.

La signature de l'acte exige la présence des parties qui consentent avant que l'officier n'appose sa signature. Le notaire informe les parties de la portée de leur engagement et vérifie que l'équilibre contractuel est bien respecté. Il est alors amené à signer l'acte en question et à le faire signer aux parties au contrat. L'acte authentique est un élément de preuve incontestable, il fait l'objet du plus haut niveau de preuve recevable en cas de litige. Sa force probante est telle que la signature des parties ne pourra être contestée que par la procédure de l'inscription de faux²¹⁹.

En outre, la question de l'authenticité électronique de l'acte de vente d'immeuble immatriculé reste en suspens.

B. L'exigence d'une formalité d'exécution du contrat

Selon les dispositions de l'article 4 COCC « Celui qui est obligé à donner une chose doit en transférer la propriété ou les droits qu'il a sur la chose principale et ses accessoires. Il est tenu d'assurer la délivrance selon les règles d'exécution des obligations et selon les dispositions propres aux contrats spéciaux... ». L'obligation de donner emporte donc transfert de propriété en droit sénégalais. Rappelons qu'au Sénégal, le transfert de propriété s'opère au moment de la délivrance de la chose. Ainsi, au cours d'une vente d'immeuble immatriculé, le vendeur a l'obligation, si l'acheteur paie le prix, de passer à la délivrance de l'immeuble. S'agissant de la vente d'immeuble, la délivrance est faite par la réalisation des formalités de publicité exigées par les dispositions particulières à la propriété foncière et l'établissement du titre foncier au nom de l'acheteur²²⁰. L'acte translatif de droit réel fait ainsi l'objet d'un formalisme de validité, un écrit *ad solemnitatem*, mais également de publicité, qui permet d'assurer l'exécution de l'obligation de délivrance²²¹.

²¹⁸ Art. 85, al. 1^{er}.

²¹⁹ Art. 18 COCC : « L'acte authentique fait pleine foi à l'égard de tous et jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier a fait ou constaté personnellement conformément à ses fonctions. Pour le surplus l'acte fait foi seulement jusqu'à preuve contraire ».

²²⁰ Cf. art. 277, al. 2 du COCC. L'inscription est soumise aux dispositions des articles 130 et suivants du décret juillet 1932, JO Afrique occidentale française du 22 avril 1933, p. 426 s, Cités par B. DIALLO, « Promesse sous seings privés de vente d'immeuble immatriculé ne vaut ? », op. cit.

²²¹ B. DIALLO, « Promesse sous seings privés de vente d'immeuble immatriculé ne vaut ? », Ibid.

Ici, il s'agira d'un changement de nom sur le titre foncier de l'immeuble à travers une inscription au livre foncier.

Cependant, cette inscription doit être précédée par une immatriculation²²² de l'immeuble en question. Le régime de l'immatriculation recouvre toutes les terres, situées aussi bien en milieu urbain qu'en milieu rural, qui ont fait l'objet d'une immatriculation au nom de particuliers, personne physique ou personne morale, qui garantit leur droit de propriété définitif et inattaquable sur des portions de terrains délimitées. En matière immobilière, c'est là une manifestation du gage de la propriété privée garantie par l'article 15 de la Constitution du Sénégal²²³.

Si depuis l'avènement du régime, le principe du caractère facultatif de l'immatriculation demeure, la portée des exceptions prévues par l'article 5 du décret foncier a été profondément modifiée par la loi 64-46 du 17 juin 1964 relative au domaine national qui a supprimé le système de la tenure coutumière des terres, de même que celui de la transcription. De plus, l'article 380 du Code des Obligations civiles et commerciales a sérieusement modifié la portée de ces exceptions. En effet, cet article rend obligatoire l'immatriculation de tout immeuble pour la validité des conventions constituant ou transférant un des droits protégés par le régime de l'immatriculation foncière. La procédure d'immatriculation est celle qui permet de transformer un terrain du Domaine National en titre foncier. L'immeuble est déclaré juridiquement « né ». Il est alors inscrit au Livre foncier de la localité où un numéro lui est affecté et où tous les événements relatifs à la vie de l'immeuble sont mentionnés (mutations, charges diverses). L'immatriculation commence donc par une inscription sur le livre foncier. Elle se fait de façon individuelle. L'immeuble est déterminé topographiquement et juridiquement. La dernière permet de connaître les propriétaires et ceux du droit réel et servitude. C'est à la suite de cette immatriculation qu'un immeuble sera en mesure de faire l'objet d'une transaction. Il s'agira juste pour le vendeur, de changer le nom figurant dans le titre foncier de

²²² Art. 380 COCC : « A peine de nullité absolue du contrat, l'immatriculation de tout immeuble est obligatoire pour la validité des conventions constituant ou transférant un des droits protégés par le régime de l'immatriculation foncière ».

²²³ « Le droit de propriété est garanti par la présente Constitution. Il ne peut y être porté atteinte que dans le cas de nécessité publique légalement constatée, sous réserve d'une juste et préalable indemnité. L'homme et la femme ont également le droit d'accéder à la possession et à la propriété de la terre dans les conditions déterminées par la loi ».

l'immeuble afin de procéder à son transfert de propriété. Cette procédure concerne uniquement les contrats spéciaux du fait de leur nature spéciale.

Dès lors, lorsque le dossier de mutation constitué par le Notaire est déposé par celui-ci au niveau du service de la Conservation de la propriété et des droits fonciers compétent, débute la procédure de la formalité fusionnée, selon les étapes suivantes : Réception du dossier de mutation ; Exécution concomitante de la formalité d'enregistrement de l'acte et de la formalité de publicité foncière ; Délivrance de l'état de droits réels. La délivrance de l'état de droits réels constatant la mutation de l'immeuble au nom de l'acquéreur se fait à la demande du Notaire. Ce document constate définitivement l'inscription du droit de l'acquéreur, un droit définitif et inattaquable. Ces étapes doivent se dérouler dans un délai réglementaire n'excédant pas 30 jours

En outre, du fait de l'insécurité foncière omniprésente dans beaucoup de pays en développement, plus particulièrement pour ceux d'Afrique, on constate aisément ce double formalisme qui encadre la vente immobilière, mais qui en réalité ne concerne que la vente définitive. En résumé, on a d'abord un écrit authentique, sanctionné par une nullité absolue et puis on a une inscription foncière qui elle permet l'exécution effective du contrat définitif. Mais il faut souligner que ces deux conditions sont cumulatives et les formalités s'exécutent successivement : pas d'inscription sans immatriculation.

Dès lors, après cette clarification, il est important de proposer une réécriture des dispositions relatives à la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé.

SECTION II : Une réécriture des dispositions sur les promesses synallagmatiques

Les promesses synallagmatiques de vente d'immeubles immatriculés sont des contrats préparatoires de contrats futurs de grande envergure. La valeur économique élevée du contrat futur qu'elles préparent est l'une des raisons pour lesquelles leur réglementation doit être faite sans aucune ambiguïté. Dès lors, puisque sur ce point les rédacteurs du COCC ont manqué de détermination, obligation nous est faite de revenir là déçu, afin de proposer une réécriture de la réglementation des promesses synallagmatiques de vente d'immeuble.

La réglementation des promesses synallagmatique de vente d'immeuble au niveau du chapitre réservé aux contrats relatifs aux droits réels portant sur des immeubles

immatriculés a créé un certain doute quant à l'autonomie de la promesse. En effet, la promesse synallagmatique n'a pas sa place dans cette partie du code car ne présente aucune particularité.

Dans notre tentative de réécriture, l'accent sera mis d'emblée sur le maintien de l'article 322 COCC car consacrant le caractère consensuel de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé (paragraphe I). En effet, il faut oser le dire sa consécration est effective. Puis, il sera question de faire une proposition de sanctions exclusives pour la violation de la promesse synallagmatique de vente (paragraphe II) pour plus de clarté dans la réglementation.

PARAGRAPHE I : La réitération du caractère consensuel de la promesse synallagmatique de vente

La promesse synallagmatique est celle par laquelle les deux parties sont d'accord, le vendeur pour vendre, l'acheteur pour acheter une chose déterminée pour un prix fixé²²⁴. De cette disposition ressort le caractère consensuel de la promesse synallagmatique, du fait de la seule exigence d'un accord des parties sur les éléments essentiels du contrat (A).

L'intérêt de maintenir cette disposition dans la réécriture de la réglementation de la promesse synallagmatique de vente tient donc à ce souci de dissiper toute incertitude sur la consécration du consensualisme qui a créé pas mal de polémique. Ainsi, une réforme serait la bienvenue, tout en maintenant cette disposition comme fondement unique de la nature de la promesse synallagmatique. Mais également, la détermination des éléments essentiels du contrat, qui constitue une précision de taille, réaffirme l'importance du maintien de cette disposition.

En outre, le consensualisme comme forme de la promesse synallagmatique de vente, met à la charge des parties des obligations (B), qu'on se voit dans l'obligation de rappeler.

A. La force de la rencontre des volontés dans la promesse synallagmatique

Souvent qualifiée d'« avant-contrat », la promesse synallagmatique de vente est une pratique mise en œuvre pour préparer une vente d'immeuble. Ce terme d'« avant contrat » pourrait être plus avantageusement remplacé par « contrat préparatoire » ou « contrat

²²⁴ Art. 322, op. cit.

provisoire » car ces termes indiquent d'emblée que l'avant-contrat est pleinement un contrat, doté de tous ses attributs et notamment la force obligatoire. Comme tout contrat, le consentement et la capacité des parties sont requis ; l'objet de la promesse c'est-à-dire l'immeuble et le prix doivent être déterminés ainsi qu'une cause réelle, licite et conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Le consentement susceptible d'entraîner des effets de droit doit être extériorisé. Mais, sur ce point, il y a un principe, celui de la liberté des parties dans la manifestation de la volonté, liberté qui se justifie par le principe du consensualisme, corollaire du principe de l'autonomie de la volonté.

Le principe du consensualisme qu'est à la base du droit des obligations fait que la rencontre de deux volontés est l'élément indispensable à la formation du contrat. Pour Planiol, « *le consentement des parties, c'est à dire l'accord des volontés, est l'élément essentiel de tout contrat* »²²⁵. Suivant cette optique, toute obligation, qui ne prend pas sa source dans la volonté commune des parties, constitue « *un procédé de forçage qui est la négation même de la règle de l'autonomie de la volonté contractuelle : les contractants ne sont plus maîtres chez eux* »²²⁶

Cette formation consensuelle du contrat se cristallise par des étapes que l'on appelle des avant-contrats dans lesquels on trouve la promesse. Dans la promesse synallagmatique, les deux parties donnent leur consentement au contrat définitif, et ce au moment de la conclusion de la promesse. Le contrat définitif est considéré donc comme étant formé car la promesse synallagmatique est une vente parfaite lorsque le contrat peut être passé librement²²⁷.

Cependant, le consentement exprimé des deux parties au contrat définitif pose un problème à savoir la difficulté de distinguer l'avant-contrat du contrat définitif. Si celui-ci est consensuel, l'accord des volontés sur les éléments essentiels suffit à le former et la matérialisation du consentement n'est qu'une simple modalité d'exécution du contrat.

²²⁵M. F. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 1900, T.2, n°983, Cités par J.P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », Communication dans des actes de colloque publiés en 2003, La nouvelle crise du contrat : actes du colloque du 14 mai 2001, organisé par le centre René-Demogüe de l'Université de Lille I, Paris : D., 99.p.

²²⁶JOSSERAND, « Le contrat dirigé », DH. 1933, 89 et spéc. p.91, Cité par J.P. CHAZAL, Ibidem.

²²⁷ Art. 323, al. 1er, op. cit.

En réalité, pour que la distinction entre la promesse synallagmatique et le contrat définitif acquière une réelle signification, il faut que la conclusion du second nécessite outre l'accord des volontés, l'accomplissement d'une certaine formalité. L'accord des volontés constaté par la promesse donne alors naissance non au contrat définitif mais, à une obligation de faire, celle d'accomplir les formalités requises, et ce n'est qu'après la réalisation de celle-ci que le contrat définitif sera formé. Là, réside l'importance pratique de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble car étant en elle-même consensuelle mais faisant intervenir des formalités dans la conclusion du contrat définitif.

Ainsi, l'accord de volontés qui constitue l'essence même de la promesse synallagmatique va porter essentiellement sur la chose objet du contrat à savoir l'immeuble immatriculé, dans le cas d'espèce, mais également le prix de l'immeuble.

Le prix constitue la valeur de quelque chose exprimée en monnaie. Dans un contrat de vente, il constitue la contrepartie de l'obligation de donner. Du point de vue de l'acheteur, c'est la somme d'argent qu'on doit verser pour acquérir l'immeuble. Le législateur sénégalais dans les dispositions de son code précise qu'il n'y a pas de vente s'il n'y a pas de prix fixe ou si celui qui a été stipulé apparaît comme fictif²²⁸ ou dérisoire²²⁹. Il se doit donc d'exister. Le prix de vente doit être déterminé ou déterminable²³⁰. La détermination du prix dans la promesse synallagmatique de vente consiste à établir de manière précise la contrepartie que devra le futur acheteur au futur vendeur. Il est fixé librement par les parties sous réserve de la réglementation des prix²³¹. Il fait donc l'objet d'un accord entre les parties, puis sera inscrit dans l'acte authentique valant contrat de vente d'immeuble.

Quant à l'objet de la promesse, s'agissant ici en l'occurrence d'un immeuble immatriculé, il doit être situé, afin d'être persuadé de son existence. La chose, objet de la vente doit être dans le commerce juridique. Elle doit exister au moment de la vente, appartenir au vendeur, être datée, être déterminée ou déterminable. L'immeuble objet de la

²²⁸ « Le prix est fictif lorsqu'il a été convenu que le vendeur n'en demanderait jamais le paiement. » Art. 268, al. 2

²²⁹ « Il est dérisoire lorsque son chiffre est si bas qu'il ne peut être mis en rapport avec la valeur de la chose vendue jugé par la C. Cass (n° 91 du 24-4-99 Suzanne page c/ Coumba Ka) que les juges du Fond doivent vérifier la réalité du paiement du prix ».

²³⁰ Art. 269, al. 1^{er} COCC.

²³¹ Art. 269, al. 2 COCC.

vente doit exister au moment du contrat²³². Ainsi, il est prévu que son étendue soit fixée par le titre foncier.

Selon le principe dit du consensualisme, une vente est réalisée lorsqu'il y a un accord sur la chose et le prix. On pourrait en déduire que dans la mesure où dans une promesse synallagmatique de vente, un accord sur l'immeuble en question et sur son prix a été donné, la promesse vaut vente. Ce n'est en outre pas le cas ici car une disposition législative contraire existe en matière de transaction immobilière. Mais n'empêche cet accord de volonté fait néanmoins naître un contrat, non pas le contrat de vente mais un contrat de promesse synallagmatique de vente. Le consensualisme va donc servir ici à la conclusion d'un contrat de promesse. Comme tout contrat, ce dernier se doit d'être exécuté en bonne et due forme. Raison pour laquelle, l'obligation de déterminer l'obligation des parties dans un tel contrat nous incombe.

B. La détermination de l'obligation des parties

L'article 323 COCC, traite des effets de la promesse synallagmatique de vente. Il permet aux contractants de connaître la nature véritable de leurs engagements. Jusqu'où va leur « Oui » ? Est-ce un « oui » de perfectionnement du contrat définitif qui en réalité n'est pas encore né ? Ou est-ce un simple « oui » qui engage à la conclusion du contrat définitif ? Rien n'a été précisé. En effet, il y a plutôt une synonymie qui est faite entre « perfection » et « conclusion d'un contrat », mais qui en réalité ne signifie pas la même chose. On ne peut perfectionner ce qui n'est pas encore né.

Selon la doctrine, la naissance d'obligations est un symbole montrant que les avant-contrats de vente, par leur objet quelque peu marginal sont dotés d'une certaine force obligatoire. La force obligatoire est analysée comme l'un des principaux effets des conventions, comme en témoigne sa place dans le Code, puisqu'elle est consacrée dans le premier article du chapitre intitulé « Les effets du contrat ». Ces obligations pèsent sur les deux parties dans la promesse synallagmatique de vente car étant réciproque. Le vendeur est dans une situation très confortable dans la mesure où l'acheteur est aussi engagé irrévocablement.

²³² Art. 266 COCC.

Force vient du mot latin *fortia, fortis* qui signifie fort, tandis que l'expression force de loi désigne la force obligatoire de la loi, ou toute force équivalente à celle de la loi. Le nom force est alors synonyme d'efficacité, de valeur ou de poids. Obligatoire vient de l'adjectif latin *obligatorious*. En droit il fait référence à un acte qui oblige juridiquement, à ce qui est normatif et à ce qui a pour les sujets de droits le caractère d'une obligation en tant que pièce de l'ordre juridique et du droit positif.

La force obligatoire des contrats signifie donc que les parties au contrat régulièrement formé sont tenues d'exécuter leurs engagements jusqu'à leur terme, jusqu'au bout. Ce que la volonté commune a fait, seule la volonté commune peut le défaire. Par conséquent, les parties sont tenues de respecter toutes les obligations issues du contrat. L'accord de volonté constaté par la promesse synallagmatique donne alors naissance non pas au contrat définitif de vente, mais à un contrat de promesse qui oblige à faire, c'est à dire d'accomplir les formalités nécessaires à la formation du contrat définitif. La promesse synallagmatique est devenue complexe et ambiguë puisque tantôt on la considère comme étant une vente, tantôt comme un contrat préparatoire au contrat de vente définitif.

En effet, la précision qu'il est nécessaire de faire est que lorsqu'il s'agit de transactions immobilières, on a deux contrats à savoir la promesse synallagmatique et la vente définitif. Mais, s'il s'agit d'une vente de meuble on a qu'un seul contrat car la promesse synallagmatique vaudra vente. Ainsi, en matière de transaction immobilière, l'obligation des parties serait non pas d'exécuter le contrat définitif mais de le conclure. On promet de conclure un contrat futur. Cette conclusion de contrat futur est l'objet même de l'obligation des parties dans la promesse. Il s'agit d'une obligation de faire. L'obligation qui consiste pour le débiteur à fournir une prestation, un service autre que le transfert d'un droit réel. La conclusion du contrat consistera donc à l'accomplissement des formalités nécessaires à la formation. Des formalités destinées à la validité du contrat de vente. D'où le sens de cet extrait de l'article 323 COCC : « ... elle oblige les parties à parfaire le contrat en accomplissant les formalités nécessaires à sa formation. ». Les parties à la promesse synallagmatique de vente seront donc tenues à la conclusion du contrat de vente en passant par devant un notaire pour l'authentification de l'acte de vente. C'est à partir de cette dernière que le contrat prend effet. Cependant, sachant que le débiteur d'une

obligation de faire ou de ne pas faire doit exécuter complètement son obligation²³³, si l'une des parties refuse de passer à la formalisation du contrat promis alors elle sera passible de sanction conformément à la force obligatoire des conventions. Car, la partie défaillante aura violé une obligation contractuelle, à savoir l'obligation de faire, de conclure le contrat. Or, le propre d'une obligation contractuelle est de devoir être exécuté en vertu du principe fondamental de la force obligatoire des conventions. Puisqu'ici la conclusion équivaut au passage devant notaire. Cette force obligatoire des conventions qui s'impose aux parties, s'impose également au juge. Ce dernier ne peut modifier les termes d'un contrat régulièrement conclu, il est donc tenu de faire respecter aux parties leurs engagements et éventuellement à appliquer une sanction adéquate.

En outre, force est de constater qu'il n'y a pas, dans le COCC de sanctions adéquates applicables à la violation d'une promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé. Ainsi, on se doit d'en proposer afin que ce vide juridique ou même cette incohérence de sanction prévue dans le code puisse faire l'objet de modification.

PARAGRAPHE II : Une proposition de sanctions exclusives pour la violation de la promesse synallagmatique

Les avant-contrats dans la législation sénégalaise, font l'objet d'une réglementation générale. L'impression de l'instauration par le législateur d'une théorie générale se fait sentir. En effet, ce dernier nous fait une réglementation d'ensemble de tous les avant-contrats du COCC. Ceci n'excluant pas les sanctions en cas de violation de ces contrats préparatoires. Il en profite d'ailleurs pour consacrer une disposition intitulée « Violation de la promesse de vente ». Etant la seule disposition sanctionnant les avant-contrats, elle sera applicable à tous, que ça soit promesse unilatérale, synallagmatique ou pacte de préférence.

Cependant, dans cette disposition la condition de mise en œuvre de la sanction est la vente de la chose promise à un tiers. On a donc ici une obligation de ne pas faire. Or, si ceci peut, dans certains cas être accepté dans une promesse unilatérale, il n'en est pas de même de la promesse synallagmatique de vente. Car, dans une promesse synallagmatique, l'obligation qui incombe aux parties est une obligation de faire.

En effet, dans la promesse synallagmatique de vente les deux parties sont à la fois promettant et bénéficiaire d'une promesse. La situation du promettant qui vend la chose à

²³³ Art. 6, al.1^{er} COCC, op. cit.

un tiers n'y serait donc qu'une hypothèse sur mille autres. La plus probable ici, sera d'ailleurs, celle dans laquelle l'une des parties refuserait de conclure le contrat définitif à savoir procéder aux formalités requises pour la conclusion du contrat de vente, dans le cas d'une vente d'immeuble. Par ailleurs à obligations différentes, sanctions distinctes. Or, l'obligation de ne pas conclure avec un tiers se distingue de celle de conclure avec son bénéficiaire. On peut ne pas conclure avec un tiers mais refuser également de conclure avec le bénéficiaire, mais ce dernier cas semble être inconnu du législateur. Face à cette absence de sanction adéquate pour la violation de la promesse de vente d'immeuble on ne saurait rester inactif, d'où la proposition de deux sanctions qui à notre avis seraient appropriées à savoir l'allocation de dommages et intérêt (A) et la conclusion forcée de la vente (B).

A. L'allocation de dommages et intérêts

Le préjudice est réparable, et l'allocation de dommages et intérêts constitue le principe en matière de réparation au Sénégal. Celui qui se voit opposer le refus peut solliciter des dommages et intérêts en réparation de son préjudice, soit en sollicitant l'exécution des clauses du compromis qui contiennent une sanction financière, soit en sollicitant la résolution du compromis assortie d'une demande de dommages et intérêts.

Selon les dictionnaires juridiques, les dommages et intérêts représentent une somme d'argent due par le débiteur et destinée à réparer le dommage subi par le créancier en raison de l'inexécution, de la mauvaise exécution ou de l'exécution tardive d'une obligation²³⁴. Plus simplement, la jurisprudence définit parfois les dommages et intérêts comme l'indemnité pécuniaire allouée à une personne en réparation d'un préjudice qui lui a été causé²³⁵.

L'origine des mots « dommages-intérêts » ou « dommages et intérêts » est incertaine. Curieusement, chacun des deux termes exprime, à l'origine, la même idée de préjudice. Dommage vient de « *damnum* », devenu, dans l'ancien droit français, « damage » dérivé de « dam », peine consistant à être privé de Dieu. Quant à « intérêt », il vient de « *interest* », ce qui importe, qui revêt aussi le sens de préjudice, du moins jusqu'au XVIIe siècle où il prend la signification de « profit que l'on retire de l'argent prêté ». Les deux mots furent

²³⁴Guillien et Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 1990, D. ; Cornu, *Vocabulaire juridique*, 1992

²³⁵Cass. civ. 30 oct. 1933, *DH* 1933.569.

reliés dès le XVIIIe siècle, par l'effet d'un pléonasme, sous l'appellation de « *damna et interesse* »²³⁶.

Ainsi, les dommages et intérêts apparaissent comme une des modalités de la réparation et ceci par l'octroi d'une somme d'argent. L'indemnité sera alors en principe d'une « valeur égale à celle dont la victime a été privée »²³⁷. L'allocation de dommages et intérêts s'oppose donc à toutes les réparations non pécuniaires. La doctrine et la jurisprudence établissent à cet égard une distinction classique entre réparation en argent et réparation en nature. De manière sommaire, les dommages et intérêts tendent à procurer une valeur équivalente à ce que la victime a perdu et au gain dont elle a été privée (*damnum emergens, lucrum cessans*). La somme octroyée a donc pour fonction essentielle de compenser le préjudice subi, la notion de compensation impliquant d'équilibrer un effet par un autre²³⁸, un avantage perdu par un avantage alloué.

Ainsi caractérisée, on doit pouvoir distinguer la compensation par équivalent de la réparation. La distinction se situe tout d'abord spécialement dans la responsabilité contractuelle où il a été proposé d'opposer deux catégories de dommages et intérêts : d'un côté ceux qui ont pour but d'offrir une compensation au créancier et qui ne sont pas autre chose qu'un prolongement de son droit au paiement, de l'autre ceux qui tendent à remettre les choses en l'état après survenance d'un dommage et qui consacrent donc le droit à réparation de toute victime d'un manquement contractuel ou délictuel²³⁹. En ce domaine, l'évolution est donc très nette. La responsabilité contractuelle, *stricto sensu*, n'avait pour fonction que de fournir, par équivalent, la prestation que le contractant attendait spécifiquement du contrat la multiplication des obligations accessoires, notamment l'obligation de sécurité et le souci d'indemniser tout préjudice corporel survenu lors de l'exécution du contrat. Ces derniers ont donc transformé la nature même de la responsabilité contractuelle en une responsabilité «ordinaire», indépendante des obligations inscrites au contrat²⁴⁰. La compensation se distingue ensuite plus généralement

²³⁶Dictionnaire étymologique de la langue française, Vo *Dommage/Intérêt*.

²³⁷D. MAZEAUD et CHABAS, *Leçons*, T. 2, 1er vol., no 622.

²³⁸ Dictionnaire le Petit Robert, Voir Compenser.

²³⁹ J. HUET, « Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle », th, Paris, 1978, p. 11.

²⁴⁰V. les propos critiques de Carbonnier, *op. cit.*, no 154, p. 276, pour qui les dommages et intérêts contractuels constituent « la projection des relations préexistantes organisées entre le créancier et le débiteur, tandis que la responsabilité délictuelle intervient entre deux étrangers que le hasard a mis épisodiquement en présence ».

de la réparation car cette dite compensation a normalement pour but d'effacer le dommage alors que la compensation n'a d'autre ambition que de fournir un équivalent. Les deux notions sont cependant fréquemment confondues, sans doute en raison de l'imperfection de la réparation. Cette incertitude terminologique explique peut-être l'ambiguïté qui pèse sur la fonction des dommages et intérêts : leur inaptitude à effacer radicalement le dommage incite inévitablement à leur faire jouer un rôle sanctionnateur, de sorte que la notion de réparation revêt une connotation morale en jouant accessoirement ou implicitement le rôle d'une peine privée.

En effet, il est incontestable que les dommages et intérêts occupent fréquemment une fonction de peine privée, infligée à l'auteur responsable ou même à la victime fautive. En fait, et non en droit, les juges cèdent, semble-t-il, à la tendance très humaine de faire supporter de lourds dommages et intérêts à l'auteur d'une faute grave et d'atténuer l'indemnité lorsque la faute leur paraît excusable. Mais cette tendance est évidemment masquée par le pouvoir souverain d'évaluation du préjudice et la sobriété des motifs²⁴¹. Il suffit donc pour le juge de ne pas laisser apparaître dans sa décision qu'il a fixé les dommages et intérêts en fonction de la gravité de la faute. Certains auteurs approuvent d'ailleurs cette orientation « punitive » des dommages et intérêts, qui permettrait à la responsabilité civile de jouer un rôle régulateur de la vie sociale et d'y intégrer une fonction de prévention²⁴².

Actuellement, la question des dommages et intérêts est essentiellement dominée par le principe de réparation intégrale. D'ailleurs, dans la législation sénégalaise elle constitue le socle même des dommages et intérêts. Ces derniers doivent y être fixés de telle sorte qu'ils soient pour la victime la réparation intégrale du préjudice subi²⁴³. C'est une quantification du préjudice, c'est-à-dire la réparation intégrale de la totalité des chances perdues dues à la faute certaine du responsable et l'existence d'un lien de causalité certain entre la faute et le préjudice.

La fonction apparente et « officielle » de compensation est unanimement enseignée par la doctrine et constamment rappelée par la jurisprudence : les auteurs insistent sur le

²⁴¹M.E. ROUJOU de BOUBEE, « Essai sur la notion de réparation », th, Toulouse, 1974, LGDJ, préf. Hébraud, p. 139 et S. p. 121 : « ce qui ne peut être dit... peut être fait ».

²⁴² STARCK, ROLAND et BOYER, *Obligations*, T. 1, *Responsabilité délictuelle*, no 1285 et s.

²⁴³ Art. 134, al. 1^{er}.

principe d'équivalence ou d'adéquation entre la réparation et le dommage²⁴⁴ et estiment par conséquent que l'indemnité doit représenter aussi exactement que possible le dommage réel qui a été subi, «mais ne doit rien comprendre de plus»²⁴⁵. Toute augmentation ou diminution constituerait donc un enrichissement ou un appauvrissement injuste de la victime.

En outre, on sait que le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire doit exécuter complètement son obligation à défaut il sera tenu de réparer²⁴⁶. Or la réparation doit être faite de telle sorte qu'elle soit pour la victime une réparation intégrale de son préjudice, on se demande si la contrainte à la conclusion forcée de la vente ne couvrirait-il pas mieux l'intégralité du dommage ? Dans la mesure où, l'appréciation de la couverture intégrale du dommage est une prérogative accordée au juge. D'où une seconde proposition de sanction à savoir la conclusion forcée du contrat promis.

B. La conclusion forcée de la vente promise

La conclusion d'une promesse synallagmatique implique que les deux parties aient exprimé leur consentement irrévocable au contrat définitif. Mais, lors de la conclusion de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble, le contrat définitif ne serait donc pas parfait, malgré l'échange des consentements car, la formation du contrat sera subordonnée à la réalisation des formalités liées à la validité du contrat. Ces formalités étant, comme cela a été développé tantôt, des obligations qui naissent à la suite du contrat consensuel de promesse synallagmatique de vente d'immeuble. Ces obligations doivent donc être exécutées puisque le contrat est la loi des parties. Le versement de dommages et intérêts comme prévue à l'article 326 COCC semble être assez légère dans la mesure où en droit sénégalais l'exécution en nature n'est pas interdite. Le préjudice étant en principe réparé par équivalent, en allouant à la victime des dommages et intérêts, le juge peut également prescrire toutes mesures nécessaires destinées à réparer le préjudice subi²⁴⁷. Le législateur peut donc introduire dans la sanction de l'inexécution d'une promesse synallagmatique de

²⁴⁴ FLOUR et AUBERT, *Les obligations*, T. 2, *Le fait juridique*, 6e éd., 1994, no 367), CARBONNIER, *Droit civil*, T. 4, *Les obligations*, 20e éd., 1996, p. 465.

²⁴⁵ TERRE, SIMLER et LEQUETTE, *Les obligations*, 6e éd., 1996, no 575.

²⁴⁶ Art. 6 COCC.

²⁴⁷ Art. 113 COCC.

vente d'immeuble, la possibilité d'une exécution forcée de cette dite promesse à travers la conclusion du contrat définitif.

En effet, le mode normal d'exécution d'une obligation est le paiement. En droit, ce dernier correspond à l'exécution en nature de l'obligation telle qu'elle avait vu le jour. Il ne s'agit donc pas uniquement du paiement d'une somme d'agent au sens où il est couramment entendu, mais bien de l'exécution volontaire en nature de l'obligation. Ainsi, dans une promesse synallagmatique de vente d'immeuble, le refus de l'une des parties de s'exécuter, l'autre pourra le poursuivre en exécution en nature devant le juge. L'exécution en nature consistera à exécuter loyalement les obligations qui naissent de la promesse. Si ce dernier procède à une condamnation d'exécution de l'obligation, alors soit le débiteur se conforme à cette condamnation, soit il ne le fait pas. Dans ce second cas, le créancier pourra poursuivre l'exécution forcée de la condamnation précitée.

L'exécution forcée de la promesse consiste, en pratique, à demander qu'un jugement soit rendu afin de reconnaître qu'une vente a été effectivement conclue. Ce jugement sert d'alternative à l'acte notarié que l'une des parties refuse de signer. Le jugement valant acte est publié au fichier immobilier de la même façon qu'un acte notarié et possède le même effet d'opposabilité aux tiers. Ainsi, dans le cas où la signature de la promesse ne vaut pas vente et que l'une des parties refuse de réitérer cette promesse en la forme authentique, l'autre partie peut l'assigner en réalisation forcée. Il faudra néanmoins que le bien n'ait pas été revendu à un tiers aux termes d'un acte déjà publié au fichier immobilier.

Ceci fait même l'objet d'application au niveau des juridictions même si le législateur n'a pas pris le soin de l'établir en régime spécifique pour la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé. C'est ainsi que, la Cour Suprême dans une affaire²⁴⁸ de vente d'immeuble opposant la Société Civile Immobilière Générale foncière et le sieur Baba DIAO, a ordonné la perfection de la vente et a légalement justifié sa décision. En effet, les juges ont pris cette décision après avoir justement relevé que l'article 382 du COCC n'impose nullement que l'avant-contrat soit passé devant notaire et constate que la SCI Générale foncière a accepté que soit établie sous forme d'acte sous seing privé la cession du lot n° 306 du TF 6156/DG à Baba Diaio. Elle a également mis en rapport ce dernier avec son notaire pour la régularisation de la vente et a, par la suite, cherché à se

²⁴⁸ C.S du Sénégal, Arrêt N°63 du 18 Juillet 2012.

délier de son engagement en demandant au notaire d'arrêter la rédaction des actes de vente. Mais aussi le sieur Baba DIAO s'était acquitté de son obligation en payant le prix convenu dès le 18 novembre 1997, date de la signature de l'acte de cession. La perfection de la vente a donc été ordonnée en bon droit.

En réalité, l'exécution forcée dans cette situation ne concerne pas directement l'exécution du contrat de vente par le transfert de propriété. Mais, il s'agit de contraindre la partie défaillante à la conclusion du contrat de vente car, c'est en cela que cette dernière s'était engagée en concluant la promesse synallagmatique. Par la suite, c'est la conclusion du contrat futur qui générera l'obligation de paiement du prix et de transfert de propriété. Les parties donnent donc leurs consentements à un contrat futur dont elles subordonnent la formation à la réalisation d'une formalité qu'elles s'engagent à accomplir.

Quoi qu'il en soit, la réparation en nature est généralement présentée comme préférable à l'octroi de dommages et intérêts, dans la mesure où ceux-ci ne font que compenser le dommage sans le faire disparaître. On y voit « le mode idéal de réparation »²⁴⁹, le « mode de dédommagement le plus parfait, le plus satisfaisant ».

En faveur de la réparation en nature, plusieurs arguments peuvent être présentés. En effet, en vertu du principe de la force obligatoire du contrat²⁵⁰, la réparation par équivalent conduit à « substituer un objet à un autre, ce qui est une atteinte grave à la loi contractuelle ». Le procédé porte atteinte à la liberté de la victime et conduit à admettre que « le débiteur a contracté une obligation alternative » : soit fournir la prestation promise, soit des dommages et intérêts. Mais la réparation en nature de la prestation promise semble être, la forme de réparation la plus adaptée. D'autant plus que la législation sénégalaise ne l'interdit pas alors elle peut constituer une forme de sanction en cas de refus de conclusion du contrat définitif par l'un des contractants. Dans une réforme future du droit des contrats, les sanctions spécifiques à savoir versement de dommages et intérêts et la conclusion forcée de la vente doivent être consacrées à la violation de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé.

Après cette première tentative de mise en cohérence dans la réglementation des avant-contrats du COCC, une seconde sera également brandit. Cette seconde tentative de

²⁴⁹ P. le TOURNEAU et L. CADIET, « Droit de la responsabilité », 1996, Dalloz.

²⁵⁰ V. W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.* 1976.700.

mise en cohérence sera accentuée sur un avant-contrat dont le charme et l'élégance n'ont pas su séduire le législateur sénégalais, lui valant un manque de considération notoire. Il s'agit en l'occurrence du pacte de préférence.

CHAPITRE II : Une mise en cohérence dans la réglementation du pacte de préférence

Souffrant du mal de connaissance et donc d'amour et d'affection, le pacte de préférence est un contrat qui mérite un minimum de dignité et de respect en tant qu'acte juridique. Un contrat pas comme les autres, il est dans le code, victime d'une injustice comparé aux autres avant-contrats. En effet, le législateur sénégalais l'a tellement minimisé que son nom n'apparaît qu'une seule fois dans tout le COCC²⁵¹. Tantôt il est assimilé à un droit qui lui ressemble quand il s'agit de le définir, tantôt il fait juste l'objet d'un renvoi à d'autres avant-contrats, lorsqu'il s'agit de sa mise en œuvre ou que l'application d'une sanction s'impose contre sa violation. Ce qui en réalité est la raison de son incompréhension.

Cependant, dans une dynamique de mise en cohérence, plusieurs possibilités s'offrent à nous. Il nous appartiendra donc d'en déterminer les plus opportunes. Ainsi, pour ne pas restreindre les possibilités qui sont offertes au législateur dans une perspective de réforme législative, deux propositions lui seront faites. La première consistera à déterminer les conditions requises pour une possible application de l'article 326 au pacte de préférence (section I) et la seconde à une proposition de réglementation propre au pacte de préférence (section II).

SECTION I : Première possibilité : Une application conditionnée de l'article 326 au pacte de préférence

Si l'on décide d'appliquer les sanctions prévues à l'article 326 à la violation du pacte de préférence, ceci nécessitera des conditions. Car, le pacte de préférence et les promesses de vente ne sont pas violés dans les mêmes conditions. Ainsi, l'information qui doit passer du promettant au bénéficiaire, information qui si elle ne passe pas, le bénéficiaire du pacte ne sera pas en mesure de bénéficier de son droit de préemption, devra donc être perçu comme une obligation.

²⁵¹ Art. 319 COCC, op. cit.

D'ailleurs, le titre de l'article 320 qui consacre l'exigence de cette information peut être considéré comme un guide dans la mesure où il est intitulé « effets quant au promettant ». Le mot « effet » signifiant ce qui est produit par quelque cause, il renvoie parfois à l'exécution d'une chose. Les effets résultant de la conclusion d'un pacte seraient donc l'obligation d'information incombant au promettant. Cette obligation qui est en réalité l'élément déclencheur qui permet au bénéficiaire de pouvoir bénéficier de son droit de préférence, se doit d'être exécutée en bonne et due forme sous peine de sanction.

Ainsi, puisque l'application d'une sanction est subordonnée à la violation d'une obligation dont la nature doit être déterminée, il serait judicieux que le législateur sénégalais consacre un article 321 afin d'y déterminer les obligations incombant au promettant du pacte (paragraphe I). Puis, toujours dans sa logique de vouloir assimiler la réglementation du pacte de préférence à celle des promesses de vente, il n'aura qu'à renvoyer les sanctions du pacte à celles sur les promesses (paragraphe II).

PARAGRAPHE I : La détermination de l'obligation du promettant

Le contrat est un accord de volonté générateur d'obligation. Le pacte de préférence étant un contrat, il génère donc des obligations. Rappelons-le, le pacte est certes un contrat, mais un contrat unilatéral car ne créant d'obligation qu'à la charge du seul promettant. Ainsi, ces obligations devraient être clairement précisées au niveau du code afin d'éviter toute ambiguïté dans l'analyse du juriste ou même du simple profane. L'intérêt pour nous de distinguer ces obligations est la facilitation de la détermination du moment de la violation du pacte. En effet, si les parties au contrat savent ce dont est obligé le promettant, le bénéficiaire saura à quel moment ses droits ont-ils été violés et le promettant saura de quoi il est tenu.

Dès lors, le législateur sénégalais évoque la notion d'information comme étant la seule chose dont est tenu le promettant du pacte, mais il nous prive de son avis sur la nature de cette information : obligation, incombance ou simple devoir.

Cependant, dans notre perspective de réforme du COCC, l'information sur la décision d'aliéner du promettant (A) doit être clairement établie comme étant une véritable obligation et non un simple devoir. En outre, cette information sera suivie d'une autre obligation complémentaire qu'est l'obligation de négocier avec le bénéficiaire (B). Ces deux obligations devront donc être clairement énoncées au niveau de l'article 320.

Cependant, la frontière est mince entre l'obligation d'informer son bénéficiaire pour lui permettre de s'aligner et l'obligation de le préférer à conditions égales pour la conclusion du contrat envisagé.

A. L'obligation d'information sur la décision d'aliéner

Parce que sa prérogative dépend d'une aliénation dont il n'a jamais l'initiative, et qu'il peut à ce titre ignorer, le bénéficiaire dans un pacte de préférence doit en être informé. C'est un préalable indispensable à la mise en œuvre de ce droit. Parce que son exercice produit unilatéralement des effets directs.

La spécificité du pacte est que son bénéficiaire n'a pas la certitude que l'opération envisagée se réalisera. Ainsi, si le promettant se décide à contracter, celui-ci est alors tenu d'une obligation de faire, à savoir informer le bénéficiaire de sa décision d'aliéner.

L'information du titulaire du droit de préemption s'impose comme un préalable logique à l'exercice de cette prérogative. Il est d'ailleurs remarquable que, dans la plupart des hypothèses, le délai d'exercice du droit de préemption ne court qu'à compter du jour où cette information est parvenue à son destinataire.

Le régime de la notification est lui aussi calqué sur celui des droits de préemption. Selon la Cour de cassation, la notification est une formalité « préalable qui permet l'exercice du droit de préférence »²⁵². Cette notification sera réglée par le contenu du contrat. Le plus souvent, les parties font le choix d'une notification par lettre recommandée, en raison de la simplicité et du faible coût de ce procédé. Ceux qui sont avertis de la faible sécurité apportée par cette modalité de notification²⁵³, optent pour la signification par acte d'huissier. En tout état de cause, la notification constitue alors un préalable indispensable à la mise en œuvre du pacte. En outre, le choix du procédé déterminé doit en principe être compris comme excluant tout autre mode de notification. S'il n'est pas respecté, le bénéficiaire peut considérer n'avoir pas été valablement informé.

Cependant, le promettant qui notifie sa décision de vendre au bénéficiaire mais cède à un tiers avant d'avoir obtenu la réponse du bénéficiaire, s'expose à ce que ce dernier

²⁵²Cass. civ. 1ère 18 avr. 2000, n°98-13620, Citer par F. ROUVIERE, « Le pacte de préférence rapproché des droits de préemption », *Defrénois*, 30/06/2012, n° 12, p. 629.

²⁵³V. M. DAGOT, « Les illusions de la lettre recommandée », *JCP N* 2003. 1266.

demande que la vente soit formée avec lui en priorité puisque son droit n'a pas été purgé. Le législateur doit donc prendre le soin de déclarer que la communication au titulaire du droit de préemption des conditions et modalités de la vente projetée à la valeur d'une offre. Ainsi, la formation de la vente résultera uniquement de l'acceptation de l'offre par le destinataire. Quand bien même on tiendrait à voir dans l'information du bénéficiaire du pacte une offre, il est constant qu'elle est formulée « en exécution » du pacte. De ce que l'offre n'est qu'une mise en œuvre du pacte, on peut déduire qu'elle en présuppose l'existence à cette date. C'est l'examen de l'option du bénéficiaire qui doit permettre de le vérifier. L'information exigée a donc pour but de permettre au titulaire du droit de préemption d'apprécier l'opportunité de l'aliénation qui lui est ainsi ouverte. Cela implique au minimum que lui soient communiqués « le prix et les conditions » de cette aliénation, afin que les parties puissent procéder à une négociation en toute bonne foi.

Cependant, lorsqu'il s'agit de savoir si le droit de préférence a été exercé ou si, bien au contraire, le bénéficiaire demeure libre de son choix, on peut trouver dans le régime de l'offre et de l'acceptation un outil commode. Ainsi, « l'acceptation de l'offre de vente formulée en exécution d'un pacte de préférence vaut vente »²⁵⁴.

Dès lors, le titulaire du droit retire un minimum de sécurité de ce que le délai dont il dispose pour l'exercer ne commence pas à courir tant qu'il n'est pas informé de l'aliénation. Une telle attente est impossible chaque fois que l'aliénation intervient dans le cadre d'une procédure destinée, ne serait-ce que partiellement, à désintéresser des créanciers. Lorsque le bien susceptible d'être préempté fait l'objet d'une vente sur adjudication ou lorsqu'il est cédé dans le cadre d'une procédure collective, le titulaire du droit de préemption doit en être informé un mois avant. L'information doit être renouvelée chaque fois que l'aliénation n'a pas pu être réalisée aux prix et conditions initialement prévus et qu'une vente à un prix et à des conditions plus favorables est envisagée. À défaut, il suffirait de proposer des conditions inacceptables pour priver le titulaire du droit de préemption de l'exercice effectif de son droit.

²⁵⁴ Civ. 3e, 22 sept. 2004, no 02-21.441, Bull. civ. III, no 157.

B. L'obligation de négocier avec le bénéficiaire

L'obligation d'information pèse sur le promettant²⁵⁵ au profit du bénéficiaire du pacte. Cependant, ce dernier est-il seulement créancier d'une information prioritaire de contracter, celle que lui transmet le promettant ? Si tel est le cas, alors son préjudice est constitué par la seule perte d'une chance d'acheter, faute de ne pas avoir pu engager des pourparlers.

A l'origine du contrat, les négociations jouaient des rôles variables : absentes des contrats de simple adhésion, elles s'imposent à la préparation d'opérations complexes couvrant des intérêts économiques importants. Le contenu des négociations affecte l'accord de volontés. Sa police met surtout en œuvre le contrôle du consentement et les mécanismes de l'annulation. La conduite des négociations saisit directement les échanges précontractuels indépendamment de la conclusion du contrat et a pour instruments principaux les mécanismes de la responsabilité civile. Ainsi, communiquer des informations fausses ou taire des renseignements utiles vaut dol affectant le contenu des négociations et menace la validité même du contrat.

Pour respecter le pacte de préférence, le promettant ne doit traiter avec un tiers qu'après avoir préalablement offert les mêmes conditions à son bénéficiaire : il s'agit en réalité de préférer à des conditions égales à travers une négociation en toute bonne foi. Il ne s'agit donc pas seulement d'informer, mais également de négocier en toute bonne foi. C'est-à-dire, faire une proposition de contrat en toute équité par rapport à celle faite au tiers. Ainsi, il est permis de penser que si, en l'espèce, certains termes du contrat restent à discuter, le promettant à l'obligation de conduire avec ce bénéficiaire des pourparlers sérieux pour tenter d'aboutir à un accord avant, une fois encore, de se retourner vers un tiers.

Cette loyauté suppose également le devoir de respecter le contradictoire. Les parties doivent, en effet, disposer du temps nécessaire pour « exprimer leurs propositions, motiver leur refus, formuler des contre-propositions » sans être pour autant tenues à faire des

²⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère} 18 avr. 2000, n°98-13620.

concessions²⁵⁶. Le devoir de loyauté appelle également un devoir de non-discrimination. La Cour de cassation française a ainsi censuré un arrêt pour ne pas avoir répondu à des conclusions lui demandant de rechercher si un négociateur, en continuant de mener des pourparlers sur la base d'un prix manifestement surévalué tout en proposant dans le même temps à un tiers un prix plus attractif, serait de mauvaise foi.²⁵⁷

L'obligation de négocier en toute bonne foi inclut la loyauté du promettant dans toute la durée du pacte c'est-à-dire jusqu'à ce que l'affaire soit conclue avec un tiers. C'est ce dont traite une jurisprudence française de 2003. Dans cette affaire jugée par la cour de cassation, une offre de vente avait été faite le 25 novembre 1987 en application d'un pacte conclu trois ans plus tôt. Les bénéficiaires ayant refusé de se prévaloir de leur priorité, le promettant avait vendu le bien à un tiers, au même prix que celui qui leur avait été proposé, le 18 novembre 1994, soit sept ans plus tard. Faisant preuve d'un certain réalisme économique, la cour d'appel décide que « compte tenu de l'évolution du marché dans la région de Lyon et des conditions économiques, la cession du 18 novembre 1994 a eu lieu à des conditions beaucoup plus avantageuses que celles contenues dans l'offre du 25 novembre 1987, de sorte que les bénéficiaires conservaient leur droit de préférence ». Cet arrêt est sèchement cassé par la troisième chambre civile au motif que la vente de 1994 a « eu lieu au même prix que celui offert aux bénéficiaires » en 1987²⁵⁸. Par une interprétation très séduisante, Thomas Piazzon tire deux enseignements de cette décision. D'abord, le refus du bénéficiaire de se prévaloir de la préférence contractuelle ne suffit pas à assurer la purge de son droit tant que l'affaire n'est pas réalisée avec un tiers, même plusieurs années après que l'offre de contracter a été déclinée. Mais la faveur pour le bénéficiaire s'arrête là, car la Cour de cassation s'en tient ensuite à l'application rigide du nominalisme monétaire. Si la solution est certainement conforme aux principes du droit français, est-elle pour autant équitable ? Dans le silence de la convention des parties, la question de la purge du

²⁵⁶ Y. CHALARON, « La conduite de la négociation in Dr. soc. La négociation collective d'entreprise », 1990, n° spécial 7-8, p. 594, Cités par P. MOUSSERON, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, RTD Com. 1998 p. 243.

²⁵⁷Cass. 2e civ. 4 juin 1997, RTD civ. 1997. 921, obs. J. MESTRE.

²⁵⁸Civ. 3e, 29 janvier. 2003, Bull. civ. III, n° 24; RTD. civ. 2003. 497, obs. J. MESTRE et B. FAGES, et 517, obs. P.-Y. GAUTIER ; RDC 2004. 340, obs. P. BRUN ; Defrénois 2003. 1267, obs. J.-L. AUBERT.

droit de préférence est délicate à trancher et prouve une nouvelle fois la place centrale qu'occupe le tiers dans le mécanisme du pacte de préférence²⁵⁹.

Le pacte de préférence est, en effet, un contrat dont l'exécution n'a nullement à être soustraite à l'exigence générale de bonne foi que pose l'article 1134, alinéa 3, du code civil. Ainsi, il est essentiel de définir soigneusement le mode d'exécution de l'obligation du promettant et les conditions auxquelles devra se soumettre le bénéficiaire pour accepter ou refuser la vente qui lui est notifiée. Les conditions de la vente lui seront notifiées, au choix du promettant, par lettre recommandée avec demande avis de réception ou par acte d'huissier.

Dès lors, la responsabilité équivalente aux fautes qui sont susceptibles d'être commises par le promettant au cours des négociations peut dans une certaine mesure créer des discordes.

Certains auteurs, dont le doyen J. Carbonnier, ont proposé le rattachement des fautes commises durant la discussion du contrat négocié à un régime de responsabilité contractuelle chaque fois que celui-ci est finalement conclu. Seule, la non-conclusion de l'accord négocié soumettrait le traitement de la faute au régime de la responsabilité délictuelle. Allant dans le même sens, le Professeur Rigaux distingue, selon que la convention a été ou non formée²⁶⁰. Dans l'affirmative, la loi du contrat négocié doit s'appliquer à sa négociation. Dans la négative, le demandeur en réparation devra démontrer soit la violation d'une obligation contractuelle, soit une faute délictuelle. Dans le premier cas, il conviendra de déterminer la loi choisie par les parties et, le cas échéant, de recourir à la localisation objective des obligations du contrat préparatoire. Dans le second cas, la loi applicable sera la règle applicable au délit civil.

En dépit de sa logique et de son apparente simplicité d'application, cette méthode est discutable. Comme le Pr G. Durry l'a souligné, « on ne fait pas dépendre la nature de la responsabilité précontractuelle de la conclusion ou non du contrat ou de son éventuelle nullité ».

²⁵⁹ T. PIAZZON, « Retour sur la violation du pacte de préférence », op. cit.

²⁶⁰ F. RIGAUX, « Examen de la détermination du droit applicable aux relations précontractuelles », in ICC, *Dossiers of the Institute of International Business Law and Practice, Formation of contracts and precontractual liability*, 1990, p. 121 et s, Cités par P. MOUSSERON, op. cit.

Dès lors, on pourrait, également, envisager un critère d'affectation proposé par le Pr M. Fabre-Magnan en matière d'obligation d'information. Pour ce dernier, la responsabilité contractuelle s'appliquerait dès lors que le manquement constaté ait une incidence sur l'exécution du contrat convenu. Les manquements ayant une incidence sur le consentement relèveraient de la responsabilité civile délictuelle. Eclairante en matière d'obligation d'information précontractuelle, cette doctrine paraît difficilement transposable aux fautes commises dans la conduite des négociations qui font généralement obstacle à la conclusion de l'accord négocié. Tel est, notamment, le cas de la rupture abusive de pourparlers. Il est, dans ce cas, délicat de savoir si les fautes reprochées auraient eu un impact sur un consentement qui n'est pas intervenu ou sur l'exécution d'un contrat qui ne sera jamais conclu²⁶¹. Le critère d'affectation le plus pertinent est, en vérité, le critère chronologique. La faute dommageable commise avant la conclusion du contrat négocié ou d'un accord de négociation préalable entraîne une responsabilité délictuelle²⁶²... et vice versa. « En l'absence de tout contrat, la responsabilité ne peut être que de nature délictuelle », rappelle le Pr P. Jourdain. Jusqu'à la signature du contrat négocié ou, en cas de stipulation d'une condition suspensive, jusqu'au jour de réalisation de cette condition, les éventuels manquements commis par l'une ou l'autre des parties sont sanctionnés par la responsabilité civile délictuelle.

Ainsi, la responsabilité peut, tout d'abord, être engagée à l'initiation des pourparlers. Une jurisprudence, limitée, sanctionne la négociation « leurre », « allumeuse»²⁶³ et le fait d'attirer un candidat contractant vers des pourparlers auxquels on ne croit pas, notamment pour l'écarter d'un autre projet. Dès le 8 juillet 1929, la Cour d'appel de Rennes a considéré comme fautif le fait de « faire miroiter aux yeux de l'autre partie l'espérance d'une convention et de refuser ensuite de la réaliser »²⁶⁴. Pourra également être censuré le fait de prendre l'initiative de pourparlers sans être titulaire du droit en discussion ni certain de l'obtenir sans prévenir le partenaire de la faible probabilité de conclusion d'un contrat²⁶⁵.

²⁶¹ M. FABRE-MAGNAN, « De l'obligation d'information dans les contrats », *Bibl. dr. privé*, n° 221, LGDJ 1992.

²⁶² J. SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ.* 1974. 46, p. 46.

²⁶³ J.M. MOUSSERON, « *Droit et commerce* », p. 25 et avec M.E. ANDRE et J. RAYNARD, « Contrat et négociation, Le droit supranational et les techniques contractuelles », 1997, p. 41.

²⁶⁴ Rennes 8 juill. 1929, DH 1929. 258 ; rapp. Cass. civ., 4 janv. 1937, *Rev. Sociétés* 1937. 117, Cités par P. MOUSSERON, « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle ».

²⁶⁵ Cass. civ., 12 avr. 1976, *Bull. civ. I*, p. 98, n° 122 ; Exigeant dans ce cas l'intention de nuire.

En outre, la jurisprudence est, parfois, allée au-delà de l'obligation de ne rien faire qui puisse gêner la négociation en identifiant un véritable devoir de coopération. Dans un arrêt du 7 mars 1972, la chambre commerciale a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Paris qui avait condamné une société japonaise aux motifs que ses dirigeants, au cours des négociations qu'ils menaient, n'avaient pas fait leur possible pour obtenir certaines modifications de détails dans un dossier d'autorisation qu'ils avaient déposé²⁶⁶. L'expérience américaine suggère des illustrations de manquements similaires et parfois plus étendues dans la conduite des négociations. Elle sanctionne, notamment, la formulation de demandes dilatoires²⁶⁷, déraisonnables («*making unreasonable demands*»), le traitement inégal des offres («*unequal consideration of bids*»), la remise en cause de propositions faites durant la négociation («*reneging*»), la poursuite de négociations sans espoir de les clôturer («*stringing along*») ou bien encore le refus de confirmation d'un accord («*refusing to close*»)...²⁶⁸.

Cependant, les négociations dans ce cas d'espèce sont des négociations précontractuelles puisque préparant un contrat futur, mais sont également des négociations contractuelles puisque se déroulant dans le cadre de l'exécution d'un contrat à savoir le pacte de préférence. Ainsi, puisqu'entrant dans le champ contractuel, la question ne se pose pas car, la responsabilité qui y née, est sans aucun doute une responsabilité de nature contractuelle.

L'inobservation de ces obligations qui naissent du pacte de préférence nécessite des sanctions. Dans l'optique de suivre la logique du législateur allant dans le sens d'une unité de sanction pour l'ensemble des avant-contrats du COCC, on effectuera donc un renvoi de la sanction de la violation du pacte à celle des promesses de vente.

PARAGRAPHE II : Le renvoi de la sanction de la violation du pacte à celle des promesses de vente

Dans une éventuelle réforme des avant-contrats du COCC, le législateur peut après avoir défini les conditions de sanction du pacte de préférence, faire un renvoi aux sanctions prévues pour les promesses de vente au niveau de l'article 326 du présent code.

²⁶⁶Com. 7 mars 1972, Bull. civ. IV, p. 20, n° 83 ; Rapp. J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD civ. 1986. 100.

²⁶⁷S. JAUFFRET-EPSTEIN, « Le devoir de négocier de bonne foi en droit du travail américain », RID comp. 1982, p. 1123 à 1152 et spéc. p. 1125.

²⁶⁸V. J. NABARRO, "Good faith in bargaining", th.P.D. CAMBRIDGE, 1988, p. 208.

Certes ces dernières sont assez douces, mais quand même acceptable, dans la mesure où le législateur a d'abord prévu l'allocation de dommages et intérêts qui en effet constituent le principe de la réparation du dommage en droit sénégalais²⁶⁹. Mis à part cette sanction pécuniaire, on a également la possibilité d'annulation du contrat passé avec le tiers, qui contrairement au droit français n'est pas suivie d'une substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur.

Cependant, il est opportun de déterminer l'objet de cette réparation prévue par l'article 326 COCC (A), c'est-à-dire savoir qu'est-ce qui est en réalité réparé. En dépit de cela il sera question de penser à une éventuelle amélioration de ces sanctions (B).

A. L'objet de la réparation

Dans les obligations juridiques, le lien qui unit le créancier et le débiteur est un lien de droit (*vinculum juris*) ce qui signifie que le créancier peut en réclamer l'exécution forcée devant les tribunaux ; l'obligation est dite en ce sens « exécutoire ». Si le débiteur n'exécute pas spontanément son obligation, il peut être condamné à verser au créancier des dommages-intérêts, c'est-à-dire une somme d'argent destinée à compenser le préjudice qu'il subit du fait du non-respect par le débiteur de ses obligations. Les dommages-intérêts constituent la compensation financière à laquelle peut prétendre une personne qui a subi un préjudice moral ou une atteinte dans son patrimoine ou les deux à la fois. Qu'il s'agisse du dommage né d'un retard ou de l'inexécution d'un contrat, de celui provenant d'un dommage accidentel ou de la réparation d'un délit ou d'un crime, la réparation qui s'opère par équivalent se fait par le versement d'une somme d'argent.

Il appartient cependant au Juge de fixer souverainement le montant des dommages et intérêts en tenant compte des circonstances le cas échéant. Ces dommages et intérêts ont pour finalité est non pas d'effacer, mais de compenser le dommage, le préjudice subi. C'est pourquoi on les appelle des dommages et intérêts compensatoires²⁷⁰. Il s'agit de Réparation par Equivalent à l'opposé de la Réparation en Nature.

²⁶⁹ Art. 133, al. 1^{er} COCC « Le préjudice est en principe réparé par équivalence en allouant à la victime des dommages et intérêts ».

²⁷⁰ A côté des dommages et intérêts moratoires, c'est-à-dire ceux dus à cause d'un retard dans l'exécution de l'obligation.

En effet, le dommage réparable doit être certain, on ne saurait réparer un dommage simplement éventuel. Ainsi, la chambre criminelle de la cour de cassation française le 18 mars 1975 a reconnu une situation intermédiaire entre le dommage certain réparable et le dommage éventuel non réparable : La perte de chance. Pour le Sénégal, dans un arrêt de la Cour suprême, le juge a ainsi retenu que « *le retard accusé par DHL à l'acheminement des offres de SERA constituait, pour celle-ci, la perte d'une chance réelle et sérieuse réparable* »²⁷¹.

Dans la mesure où la réalisation de l'événement favorable n'est, par définition, pas certaine, l'indemnité allouée à la victime ne saurait égaler le gain espéré. Ainsi, le montant de la réparation du préjudice sera-t-il toujours proportionnel à la probabilité que l'événement se réalise ?²⁷² Le juge devra donc toujours prendre en compte l'aléa lors de la réparation du préjudice. Cependant, il ne s'agit pas d'une entorse au principe de la réparation intégrale car, puisque seule la disparition de l'événement favorable est certaine, sa réalisation étant hypothétique, seul ce fait dommageable pourra donner lieu à réparation.

L'évaluation de la perte de chance relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. La Cour de cassation ne contrôlera que la prise en compte de l'aléa dans l'indemnisation. Elle rappelle en ce sens régulièrement que « *la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* »²⁷³.

Dès lors, dans cette ère de mondialisation dans la laquelle nous sommes inclus, il convient d'examiner dans quelle mesure l'importation du concept de Common Law de dommages et intérêts de type punitif permettrait de contribuer à une amélioration notable du droit des contrats sénégalais. Ce qui nous permettrait de veiller à une meilleure adaptation de ce dernier au monde des affaires.

B. La possible amélioration de ces sanctions

Dans une société où le système démocratique règne, on y présume la liberté des individus, tout en les supposant conscients de leurs actes et par là même tenus à en réparer

²⁷¹ C.S du Sénégal, arrêt n°25 du 6 Avril 2011.

²⁷² Cass. 1^{re} civ., 27 mars 1973.

²⁷³ Cass. 1^{er} civ., 9 avr. 2002.

les effets néfastes pour autrui. La responsabilité serait donc le pendant de la liberté, et en est à la fois la garantie et la justification.

Au Sénégal, le droit de la responsabilité civile repose traditionnellement sur le principe sacro-saint de la réparation intégrale²⁷⁴, qui implique que les dommages et intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi, tout le préjudice mais rien que le préjudice. Le seul dommage et intérêt accordé par les juridictions sénégalaises est jusque-là celui destinée à la compensation du préjudice subi par la victime. Ce qui ne prend donc pas en compte le comportement de l'auteur du dommage pour l'indemnisation de la victime. Ainsi, le mouvement contemporain d'objectivisation de la responsabilité civile a cantonné celle-ci à une fonction essentiellement indemnitaire, ce qui ne permet pas toujours d'assurer efficacement le respect de la règle de droit. Ne faudrait-il donc pas penser à la consécration d'une forme de dommage et intérêt beaucoup plus dissuasive à l'encontre du promettant mais également réconfortante pour le bénéficiaire du pacte sachant qu'il ne serait pas en mesure d'obtenir ce qui lui était dû ? On pense naturellement aux dommages et intérêts punitifs, définis par le dictionnaire Black's Law Dictionary comme « la sanction financière prononcée à l'encontre de la partie succombante, afin de sanctionner son comportement ». Les dommages et intérêts punitifs viennent sanctionner un comportement intentionnel, malveillant ou délibéré.

N'étant jusque-là pas intégrés dans le corpus juridique de notre ancêtre colonial qu'est la France²⁷⁵, qui continue de brandir de nombreuses contraintes liées à l'application de cette justice dite « Privée », les dommages et intérêts punitifs comme sanction civile n'ont pas encore été envisagés par le Sénégal. D'ailleurs, les discussions sur ce point n'ont même pas encore été entamées. Ceci peut s'expliquer par la légèreté du marteau de notre législateur en matière contractuelle.

Toutefois, comme le souligne George. A. BERMANN, les « *punitive damages* » ont pour objectif de punir ainsi l'aspect subjectif, se rapprochant de l'aspect « réconfort » de la peine pour la victime, mais également de dissuader qui constitue un aspect objectif. Le système de dommages et intérêts punitifs paraît être un bon système car permettant à la

²⁷⁴ Art. 134 COCC, op. cit.

²⁷⁵ Cependant, le législateur français l'a préféré à l'amende civile dans l'avant-projet, « il a été frileux » comme l'affirme le professeur Isak.Y. NDIAYE dans sa leçon inaugurale au colloque organisé à l'occasion des 50 ans du COCC.

fois de réparer le dommage causé et de punir l'auteur du méfait. De plus, il est vraiment dissuasif puisqu'au-delà de la sanction purement pécuniaire, il envoie un signal dissuasif fort à tous ceux qui seraient tentés de reproduire la faute. Ce qui fait ainsi dire à Suzanne Carval dans sa thèse sur « *la responsabilité civile dans sa fonction de peine privée* », que « l'homme responsable ne serait que quelqu'un de redevable d'une somme d'argent, la créance de réparation, mais il reste surtout désigné comme l'auteur d'un dommage inacceptable et, à ce titre, il doit être sanctionné ». La responsabilité civile est donc originale en ce qu'elle est apte non seulement à compenser la victime du préjudice qu'elle a subi, mais aussi parce qu'elle permet de sanctionner la violation des règles de comportement et de prévenir, par la dissuasion, la réitération d'actes préjudiciables.

Sur ce point, il faut préciser qu'on trouve quelques figures de ce genre dans notre droit positif notamment avec l'astreinte. L'astreinte pouvant être prononcée au Sénégal pour l'obtention de l'exécution de toute obligation²⁷⁶, elle enfreint dès lors à ce principe de réparation intégrale du législateur sénégalais car, va au-delà de ce qui doit en principe être réparé. Ainsi, lorsqu'elle est définitive, elle renvoie à une pénalité infligée au débiteur, et est allouée au créancier indépendamment de tous dommages et intérêts compensatoires ou moratoires²⁷⁷. Avec son caractère menaçant, comminatoire, intimidant et contraignant, elle fait peser sur le débiteur une condamnation plus lourde que la condamnation à l'exécution directe de son obligation, afin d'exercer une pression sur sa volonté rebelle, et de lui faire accepter comme un mal nécessaire l'exécution de son obligation. La véritable crainte qu'aspire l'astreinte réside dans le fait qu'avec le temps sa teneur ne fait que croître.

Ainsi, en introduisant cette nouvelle sanction qu'est le dommage et intérêt punitif, le législateur ne prendra en compte que la nature intentionnelle de la faute commise par le promettant. Il faut oser le dire la violation du pacte de préférence se fait en toute connaissance de cause. Il devra cependant omettre le second caractère à savoir la quête d'un gain qui pourrait ressortir de la violation du contrat car, la violation du pacte se fait le plus souvent en la conclusion du contrat projeté avec le tiers par un prix moindre et c'est là où le bas-blesse.

²⁷⁶ Art. 196 COCC.

²⁷⁷ Art. 199 COCC.

Les dommages et intérêts punitifs pourraient donc être réservés aux hypothèses de faute très grave et délibérée. Ils ne sont pas, en soit, contraires à l'ordre public. Cependant, lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur, ils le deviennent.

En outre, « Parce que la doctrine l'encourage, parce que la jurisprudence la reconnaît et parce que le législateur français y réfléchit, l'ombre des dommages et intérêts punitifs plane sur le droit français de la responsabilité civile », alors pourquoi pas chez nous ?

SECTION II : Deuxième possibilité : La proposition d'une réglementation propre au pacte de préférence

Après une première proposition de réforme à travers la continuité de la logique de l'article 320 en faisant de l'information due au bénéficiaire une véritable obligation, une seconde est envisageable.

En effet, cette seconde proposition permettrait de donner plus d'autonomie au pacte de préférence aussi bien dans sa définition, ses effets, que dans les sanctions de sa violation. On sera donc tenu de proposer une définition du pacte de préférence (paragraphe I) car c'est ainsi qu'on arrivera à lui consacrer des sanctions exclusives contre sa violation (paragraphe II).

PARAGRAPHE I : Une redéfinition du pacte de préférence

Le mécanisme de mise en œuvre du pacte de préférence est très subtil, selon la précision avec laquelle le pacte définit d'une part les contours du contrat projeté et, d'autre part, l'étendue des droits et obligations des parties. Le pacte de préférence est un contrat unilatéral. Ceci signifie, qu'il ne pèse d'obligation que sur une seule des parties à ce contrat. Ainsi, seul le promettant, étant engagé, même si toutes les deux parties ont donné leur consentement au contrat, est tenu d'une obligation. Si sa définition paraît claire, il n'en est pas de même de sa nature (A) qui jusque-là ne cesse de causer des controverses. Il a été analysé comme une promesse d'offre, comme la source d'un droit de préemption ; qui l'a fait valser entre l'obligation et de ne pas faire ou encore comme une promesse unilatérale conditionnelle ou un droit éventuel. A travers la détermination de la nature, on parviendra donc à fixer les circonstances de sa violation (B).

A. La détermination de la nature du pacte de préférence

Dans le pacte de préférence, le promettant s'engage certes à négocier de bonne foi avec le bénéficiaire, mais il s'engage surtout, à conditions égales, à ne pas conclure le contrat avec un tiers. En ce sens, l'obligation principale du promettant est une obligation de ne pas faire²⁷⁸. Le pacte de préférence engendre également une créance personnelle que le bénéficiaire peut exercer à l'encontre du promettant. Encore faut-il savoir si ce droit personnel fait peser sur son débiteur une obligation de faire ou de ne pas faire²⁷⁹.

Parmi les doctrinaires, certains soutiennent donc que le pacte de préférence engendrerait une obligation de faire. Pour ces derniers, l'obligation de faire caractérise mieux la spécificité de l'engagement de préférence²⁸⁰. En effet, selon la vision la plus simple des choses, le promettant respecte son obligation en offrant directement au bénéficiaire de contracter à des conditions qu'il détermine lui-même. Son obligation principale serait, en d'autres termes, une obligation de faire²⁸¹ : proposer par priorité la conclusion du contrat projeté au bénéficiaire du pacte et, ajoute la jurisprudence, négocier avec lui de bonne foi²⁸². Le pacte impose au promettant de faire la proposition en priorité au bénéficiaire lorsqu'il se sera décidé à contracter. C'est ce qui fait naître le droit de priorité. Mais, il faut noter que, cet effet positif du pacte de préférence n'est actionné qu'à la condition que le promettant décide de vendre. C'est uniquement à cette condition que le bénéficiaire pourra donc avoir à son profit un droit d'option. Ainsi, le droit que devra faire naître le pacte sera suspendu jusqu'à ce que le promettant décide de conclure, actionnant ainsi la préférence. En effet, le consentement dont il s'agit ici est loin de celui concernant la validité du pacte de préférence mais plutôt celui concernant le contrat projeté car en

²⁷⁸ « Le promettant est accessoirement tenu d'une autre obligation de ne pas faire : il doit s'abstenir d'entraver la mise en œuvre éventuelle des droits du bénéficiaire. » Cf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le droit de préemption », LGDJ, coll. Bibl. Dr. privé, t. 164, 1979, n° 266.

²⁷⁹ Suzanne LEQUETTE, « Réflexion sur la durée du pacte de préférence », RTD civ.2013 p.491.

²⁸⁰P. VOIRIN, « Le pacte de préférence », JCP G 1954. I. 1192, Citer par Suzanne LEQUETTE, « Réflexion sur la durée du pacte de préférence », RTD civ.2013, op. cit. p.491.

²⁸¹Ainsi que l'a d'ailleurs expressément jugé la Cour de cassation pour écarter l'application au pacte de préférence de l'art.1143 du code civil (Civ. 1^{re}, 10 juill. 2002, Bull. civ. I, n° 192 ; RTD. civ. 2003. 107, obs. P.-Y. GAUTIER), Cité par Thomas PIAZZON, « Retour sur la violation des pactes de préférence », RTD Civ, 2009, op. cit. p.433

²⁸²Sur cette obligation de mener une négociation sérieuse, V. Com. 12 mai 1992, Bull. Joly 1992. 782, note P. Le Cannu ; RTD. civ. 1993. 346, obs. J. Mestre, op cite Thomas PIAZZON, art précédent.

effet, c'est ce dernier qui est l'élément déclencheur. C'est l'élément sans lequel le pacte perd toute sa raison d'être.

Pour les opposants de cette pensée, le pacte de préférence engendrerait une obligation négative, à savoir celle de ne pas faire : Ne pas contracter avec un tiers sans avoir préalablement proposé l'affaire au bénéficiaire²⁸³. Préférer, c'est bien choisir tel contractant *plutôt que tel autre*²⁸⁴. Certes, l'intervention d'un tiers n'est pas indispensable pour que le prix et les autres conditions du contrat projeté soient déterminés, mais il n'en reste pas moins que c'est bien la figure du tiers qui permet de distinguer le pacte de préférence d'un simple contrat de négociation²⁸⁵. La portée de cette obligation de ne pas faire devra donc être analysée. En effet, il n'est pas dit que, le promettant dans un pacte de préférence devra perdre son droit de disposer de son bien mais il s'agit d'une limitation de son droit de disposition quant à la personne qu'il en proposera l'aliénation en premier. Ainsi, dans la mesure où l'obligation positive que pourra faire naître le pacte n'intervient qu'à la fin du pacte de préférence c'est-à-dire au moment où le promettant propose la vente au bénéficiaire, alors qu'il y a une autre obligation qui existe depuis la conclusion du pacte et à laquelle le promettant est tenu de respecter, qui est l'obligation de ne pas proposer à un tiers la chose, on peut donc admettre la place cruciale de cette obligation négative dans le pacte de préférence. De ce fait, le manquement à cette obligation négative de ne pas faire donnera lieu à une sanction si le promettant décide de conclure le contrat projeté avec un tiers en violant son engagement au près du bénéficiaire.

Par la préférence qu'elle fait aux obligations de faire ou de ne pas faire, la jurisprudence prend parti, mais seule la première chambre²⁸⁶ semble se prononcée expressément en faveur de l'obligation de faire pour le pacte de préférence. Cela n'empêche pas la doctrine de contester ce choix. Le professeur Mazeaud exprime,

²⁸³ T. PIAZZON, « Retour sur la violation des pactes de préférence », op. cit.

²⁸⁴ « Le tiers joue un rôle non négligeable dans la réalisation de la promesse de préférence puisque c'est par rapport à lui qu'existe l'obligation de préférence », écrit dans le même sens M^{me} LAUDE (La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, PUAM, 1992, n° 824). De même, M. DURRY explique que « le terme de préférence implique nécessairement la compétition », même si « celle-ci peut être simplement redoutée, éventuelle, et justifier ainsi la précaution qu'a prise l'un des co-contractants de se faire attribuer le bénéfice du pacte », Cité par T. PIAZZON, op. cit.

²⁸⁵ Sur lequel V. not. J.-M. MOUSSERON, M. GUINAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2001, n° 451 s; P.-H. ANTONMATTEI et J. Raynard, *Droit civil. Contrats spéciaux*, préc, n° 27, Cité par T. PIAZZON, op. cit.

²⁸⁶ Civ. 1^{ère}, 10 juillet 2002, Bull. n°192, 5 mai 2004, pourvoi n°01-16.014, 01-15.812, 02-11. 292

cependant, des critères qui ont évolué dans le temps. En 1997²⁸⁷, il affirme « avec M. Laurent Aynès » que le pacte de préférence met au service du bénéficiaire « une obligation de faire ». En 2004, il fait état de l'obligation « de ne pas faire souscrite par le promettant »²⁸⁸, opinion qu'il partage avec le professeur Bénabent²⁸⁹. Enfin en 2005, il soutient que l'affirmation d'une obligation de faire est contestable, parce que une fois le contrat préparatoire conclu, « la situation du promettant se résume à la passivité ». Ce qui ne l'empêche pas d'exclure également l'obligation de ne pas faire, au motif qu'elle ne serait que l'expression du devoir que la loi impose à tout contractant.

Pour le législateur sénégalais, une interprétation approfondie de ses dispositions permet de remarquer sa position. En effet, au niveau de l'article 326 COCC, il prévoit l'annulation du contrat passé avec le tiers comme sanction de la violation du pacte de préférence. Cette sanction équivalant à la destruction permise dans le cas où celui qui est tenu de ne pas faire, fait ce qu'il n'aurait pas dû faire, l'obligation née du pacte serait donc une obligation de ne pas faire²⁹⁰. En ne faisant aucunement mention de possible substitution du bénéficiaire au tiers, les pères fondateurs du COCC optent pour le caractère passif du pacte de préférence. Ainsi, le promettant serait tenu de ne pas contracter avec un tiers.

Cependant, le pacte de préférence entre obligation de faire ou de ne pas faire continue de poser problème car, c'est la logique même du pacte qui commande que l'obligation négative revêt un caractère obligatoire *ad initio*²⁹¹. Certes, le droit de préférence n'est exigible, dans sa formation positive qu'à compter de la décision du promettant de contracter. Pour autant, n'est-il pas indispensable, dans l'attente d'une telle décision d'interdire au promettant d'entraver en amont le jeu de la préférence contractuelle ? Comment garantir sinon l'effectivité du droit de préférence²⁹² ? Le droit de préférence présente donc une nature proprement duale. Il serait alors le résultat d'un

²⁸⁷ Note D. MAZEAUD sous Civ 3^{ème}, D. 1997, Jurisp. P. 475.

²⁸⁸ D. MAZEAUD, « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », Gaz. Pal. 1994 (1^{er} sem.), p.210.

²⁸⁹ A. BENABENT, DOMAT, MONTCHRESTIEN, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, 1993.

²⁹⁰ Art. 6, alinéa. 2 « A défaut, il est tenu à réparation. Le juge peut en outre ordonner la destruction de ce qui aura été fait contrairement à l'obligation ».

²⁹¹ Rapport de L.S. LAGUIONIE, « La fraude paulienne », préf. G. Wicker, LGDJ, 2008, n° 394, p. 262, selon qui « l'abstention du débiteur n'est autre que l'expression de la force obligatoire du pacte de préférence » Citer par S. LEQUETTE, « Réflexion sur la durée du pacte de préférence », op. cit, p.491.

²⁹² S. LEQUETTE, « Réflexion sur la durée du pacte de préférence », op. cit.

« assemblage complexe » d'une obligation de ne pas faire et de faire. La première immédiatement contraignante, la seconde éventuellement seulement.

Dès lors, autonome par rapport aux tiers, la priorité reconnue par le pacte ne peut pas l'être par rapport au contrat futur qui en constitue le fondement. La préférence ne peut se concevoir par elle-même, le contrat futur en est le support obligé, mais il n'en constitue pas la finalité. Car, ce contrat futur n'est ni un contrat existant, ni un contrat dont le principe ou le contenu serait acquis. Il s'inscrit dans un futur possible et non, acquis. Ce futur est l'expression d'une éventualité, non d'une certitude²⁹³. Force est donc de conclure que la particularité du pacte de préférence ne permet pas d'en définir la nature à partir de classifications traditionnelles. Seuls la priorité qu'il instaure et le contrat futur qui en constitue le fondement permettent d'en affirmer la singularité. C'est peut-être ce qui en fait « le parent pauvre des avant-contrats »²⁹⁴.

B. Les circonstances de la violation du pacte de préférence

La question de la violation du pacte de préférence est assez complexe. Il est donc judicieux de se poser la question de savoir pourquoi le promettant dans un pacte de préférence violerait-il son obligation contractuelle ?

Il faut en effet rappeler que dans un pacte, le promettant n'est tenu que d'une obligation de « préférence ». Il n'est pas tenu de contracter avec le bénéficiaire mais juste de l'informer en premier et de lui proposer prioritairement des négociations. On s'étonne alors de le voir négocier, aller même jusqu'à conclure avec un tiers sans accomplir ses engagements antérieurs. De façon logique cette violation ne pourrait s'expliquer que de deux manières. La première hypothèse serait que le promettant décide de ne pas accorder un quelconque droit de priorité au bénéficiaire tout simplement parce qu'il n'a aucune intention de contracter avec ce dernier. Il s'agirait en général de raisons que M. PIAZZON qualifierait de personnelles. Il pourrait par exemple s'agir, pour un pacte de préférence de vente conclu au profit de cohéritiers, d'une brouille familiale. Dans cette hypothèse on constate aisément la mauvaise foi du promettant. La seconde hypothèse serait que le promettant viole le pacte par simple oubli. En effet, il arrive des cas où le pacte a été

²⁹³Avis de M. SARCELET, Avocat général, tiré de [www.courdecassation.fr/jurisprudence _2/chambres _mixtes_2740/SARCELET _avocat_8745.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence/_2/chambres_mixtes_2740/SARCELET_avocat_8745.html), Consulté le 29/01/2018 à 00h 04mn.

²⁹⁴Note D. MAZEAUD, sous Civ 3^{ème}, D. 1997, Jurisp. P. 475, op. cit.

conclu pendant une durée beaucoup trop longue. Ou encore que le promettant ignore l'existence du pacte parce qu'étant qu'un ayant droit du promettant d'origine, puisque le pacte de préférence est transmissible passivement comme activement²⁹⁵. Dans ce second cas, on se rend compte que le promettant agit en toute ignorance, donc on présume sa bonne foi. Or, la cause du bénéficiaire dans la conclusion du pacte ne se limite pas simplement à son intention d'acquérir le bien, mais également à son désir d'écartier toutes personnes tierces qui auraient la ferme volonté de contracter sur le même bien.

Dès lors, pour encore plus de cohérence dans la réglementation du pacte de préférence, il serait opportun de fixer un temps déterminé pendant lequel le pacte durera. Car, il est clair que nulle ne peut être tenue indéfiniment. Cependant, il ne s'agira pas du délai d'option du bénéficiaire mais, de celui pendant lequel le pacte conservera sa vigueur. Pour l'essentiel, il s'agit de savoir à partir de quel moment le débiteur de la préférence se trouve déchargé de son obligation de ne pas conclure le contrat projeté avec un tiers. Le code ne le prévoit pas et le droit commun des contrats devient tellement inadapté aux exigences du pacte que dans une réforme éventuelle, sa prise en compte devient primordiale.

Ainsi, le droit commun prévoit une prescription qui ne commence à courir qu'à compter du jour où le bénéficiaire décide enfin d'aliéner la chose. Il s'agit là d'un droit éventuel qui ne peut être prescriptible puisque se trouvant dans l'impossibilité d'être exercé. Comme le dit l'adage : « *actioni non natae praescribitur* » (l'action ne peut se prescrire avant d'être née). L'application de cet adage au pacte de préférence imposerait la fixation du point de départ de la prescription au jour où le bénéficiaire prend connaissance de la décision de promettant de contracter.

Par ailleurs, si on laisse le pacte dans une réglementation de durée indéterminée, le bénéficiaire risquerait de se trouver dans une situation d'attente singulière. Or, on ne pourrait lui appliquer les règles de la prescription extinctive car celle-ci ne pouvant commencer à courir contre le pacte tant que le bénéficiaire est dans l'impossibilité d'exercer son droit. Ainsi, le législateur pourrait fixer un délai au-delà duquel le pacte ne sera plus valable sauf clause contraire des parties. C'est seulement dans cette situation que

²⁹⁵ V. M. DAGOT, « Le pacte de préférence », LITEC, 1988, p° 498 s.

le pacte pourra être sanctionné en cas de violation. Encore faudra-t-il lui déterminer des sanctions adéquates qui lui seront exclusivement destinées.

PARAGRAPHE II : Une proposition de sanctions exclusives au pacte de préférence

Viole le pacte de préférence, le promettant qui contracte avec un tiers sans avoir d'abord offert au bénéficiaire de contracter avec lui aux mêmes conditions.

Ainsi, à partir du moment où tout créancier a droit à ce qui lui était dû, sauf impossibilité à démontrer de la part du débiteur, celui-ci n'a aucune raison de se trouver dispenser de s'exécuter dans les termes convenus, plutôt que de n'avoir qu'à payer une indemnisation, qui n'intéresse *a priori* pas la victime de l'inexécution. Il ne s'agit pas de hiérarchie entre exécutions en nature et en équivalent, encore moins d'une vision académique ou romantique du droit des obligations, mais de l'observation pratique de la réalité contractuelle et de ce que le créancier attend de l'obligation inexécutée, le transfert de propriété sur le bien²⁹⁶. Cette exécution forcée passe par l'annulation du contrat passé avec le tiers, qui peut ou non être suivie d'une substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur (A), dont-on analysera l'opportunité. Dès lors, cette sanction nécessitera la fourniture de la preuve de la mauvaise foi du tiers (B), qui constituera la clé d'accès à une exécution forcée en nature.

A. La substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur ou l'annulation sans substitution

L'analyse doctrinale majoritaire qui justifie l'exécution forcée en nature du pacte part de l'idée que le promettant a d'ores et déjà choisi son futur cocontractant en la personne du bénéficiaire du pacte. Engagement sur lequel il ne saurait unilatéralement revenir. Sa décision de vendre suffit alors pour que le bénéficiaire puisse exercer son droit de préférence. En droit français, si le promettant contracte avec un tiers en violation du pacte, le bénéficiaire pourra obtenir sa substitution aux droits du tiers acquéreur de mauvaise foi, sans que le promettant puisse lui opposer le fait que son offre ne s'adressait pas à lui ; Le

²⁹⁶ Y-M. LAITHIER, « Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat », LGDJ, 2004, n° 28.

promettant a déjà choisi son futur cocontractant ; il doit donc seulement s'abstenir de conclure l'affaire projetée avec un tiers²⁹⁷.

Pour la doctrine, la substitution jadis qualifiée de restitution apparaissait même comme le prolongement nécessaire, le prolongement naturel de la nullité. Le terme de « restitution » paraît évidemment malvenu, car il suggère trompeusement que le bénéficiaire aurait eu un droit réel sur la chose qui fait l'objet du pacte. Dès lors, la restitution évoquerait forcément le retour du bien dans le patrimoine du *promettant*, ce qui est l'effet non de la substitution, mais simplement de la nullité. Mais en réalité, c'est bien le transfert forcé de la propriété au *bénéficiaire* du pacte que les juges du fond avaient décidé, sans quand même en faire la reproche.²⁹⁸ La sanction du tiers réaliserait en même temps le droit du bénéficiaire.

Ainsi, selon M. Durry, qui raisonne sur l'hypothèse du pacte de préférence de vente, l'annulation du contrat conclu avec le tiers n'est que « le premier temps de l'opération », car « il faut prendre garde que l'annulation de la vente laisse subsister ce fait qu'est l'offre d'un tiers, et que cette offre peut très bien déclencher l'option du bénéficiaire qui fait savoir, par sa demande en justice, qu'il désire acheter aux conditions qu'offrait le tiers. Les conditions d'exercice du pacte de préférence sont réunies ; les tribunaux ne peuvent que le constater »²⁹⁹. Comme Dennis Mazeaud³⁰⁰ l'a si bien démontré, en se basant sur les écrits de M^{me} Laudes³⁰¹, le promettant « conserve l'entière liberté de vendre ou de ne pas vendre son bien. Mais s'il opte pour la vente, autrement dit s'il émet une offre de vente, et si le bénéficiaire émet une acceptation, le promettant doit alors exécuter le pacte de préférence. Il est donc obligé de vendre au bénéficiaire du pacte conformément à sa promesse ». En réalité, dès la conclusion du pacte, le promettant aliène comme on l'a vu sa liberté de choisir son futur cocontractant. L'offre, même faite à un tiers, doit donc suffire à

²⁹⁷T. PIAZZON, « Retour sur la violation des pactes de préférence », op. cit, p.4.

²⁹⁸V, pour l'arrêt de 1929 : Rennes, 6 avr. 1927, Gaz. Pal. 1929. 2. 932 ; DP 1929. 1. 134, et, pour l'arrêt de 1902: Limoges, 5 juin 1899, DP 1903. 2. 41). V, de la même façon, Cass., req, 12 janv. 1926, DH 1926. 116, l'arrêt ne parlant plus, cette fois, de restitution, mais d'obligation pour le promettant « de réaliser la vente » au profit du bénéficiaire, ce qui est certainement plus juste. Citer par T. PIAZZON, « Retour sur la violation du pacte de préférence », *ibidem*.

²⁹⁹G. DURRY, « Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant », TH, Paris, 1957, spéc. n° 402.

³⁰⁰D. MAZEAUD, « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », Gaz. Pal. 1994, p. 41.

³⁰¹M. LAUDE, « La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat », p. 825.

déclencher le droit du bénéficiaire de conclure le contrat à son profit. Selon le vocabulaire employé par M. Collart Dutilleul, la décision du promettant de contracter (serait-ce avec un tiers) transforme le pacte de préférence en une promesse unilatérale de contrat. L'obligation qui pèse sur le débiteur d'un pacte de préférence est certes une obligation de ne pas faire, mais, en contractant avec un tiers, il a précisément fait ce qu'il ne devait pas faire.

Certes, le bénéficiaire du pacte ne peut exiger la conclusion du contrat projeté aussi longtemps que le promettant n'a pas pris la décision de le conclure, mais dès lors que le contrat a été passé avec un tiers, le bénéficiaire doit pouvoir mettre en œuvre son droit de préférence en demandant la substitution. Le nier, ce serait nier le fonctionnement et l'objet même de la préférence accordée, de la même façon que la jurisprudence relative à la rétractation du promettant avant la levée de l'option, dans le cas de la promesse unilatérale de vente³⁰², nie l'originalité de cet autre contrat. La substitution, désormais permise, ne porte pas véritablement atteinte à la liberté contractuelle du promettant : «Elle n'oblige nullement le débiteur de la préférence à conclure un contrat dont il ne voulait pas puisque, par hypothèse, ce contrat il l'a conclu. La substitution ne lui impose pas un cocontractant indésirable puisque, en lui donnant la préférence, il l'a choisi »³⁰³. C'est donc fort justement, à notre sens, que l'arrêt de la chambre mixte du 26 mai 2006 décide 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'acquéreur* ». Comme l'écrit M. Durry, « le promettant aura été pris à son propre piège ». Ainsi, certains considèrent toutefois que le promettant qui veut absolument éviter de conclure l'affaire avec le bénéficiaire pourrait très bien subordonner le contrat passé avec le tiers à la condition suspensive que le bénéficiaire n'exerce pas son droit de préférence. Soit le bénéficiaire rejette l'offre et le contrat avec le tiers est parfait ; soit il manifeste son intention de contracter, mais la condition fait obstacle à la conclusion du contrat aussi bien avec le bénéficiaire qu'avec le tiers³⁰⁴.

Il nous semble cependant que la formule de la Cour en 2006 ne doit pas leurrer : comme toute exécution forcée en nature, encore faut-il que la substitution soit matériellement possible. Le juge doit la rejeter si tel n'est pas le cas.

³⁰²Civ. 3^e, 15 déc. 1993, Bull. civ. III, n° 174.

³⁰³ Obs. B. THULLIER, Cass., ch. mixte, 26 mai 2006.

³⁰⁴ V. M. DAGOT, « Le pacte de préférence », P. 693, op. cit.

En outre, si le législateur sénégalais inclut l'exécution forcée dans les sanctions contre la violation du pacte de préférence, l'étendue de cette exécution forcée devrait être déterminée. D'abord, on doit se poser la question de savoir si l'annulation du contrat peut vraiment être suivie d'une substitution ? Puis se demander ce qui doit en réalité être exécuté par la force ?

D'emblée, prononcer la nullité de la vente passée avec le tiers rend en effet complexe, au plan théorique, la réalisation de la substitution proposée. Comment substituer le bénéficiaire dans une vente qui vient d'être rétroactivement anéantie ? La doctrine, vient corriger cette maladresse du juge français, en faisant remarquer qu'il n'y aurait pas de sens de prononcer l'annulation du contrat « et » la substitution car on ne peut substituer le bénéficiaire du pacte dans des droits qui n'existent plus du fait de l'annulation du contrat. Les deux sanctions sont alternatives et non cumulatives. Par conséquent, la sanction serait : l'annulation ou la substitution dans la mesure où les deux ne peuvent pas être prononcées en même temps. C'est peut-être pour cette raison que le législateur sénégalais s'est montré prudent au niveau de l'article 326 COCC, en prévoyant une possibilité d'annulation du contrat passé avec le tiers mais sans substitution. L'annulation du contrat frauduleusement conclu avec le tiers provoque ainsi la restitution des prestations et le retour des droits dans le patrimoine de leur titulaire initial, débiteur du pacte de préférence.

Ensuite, pour la seconde interrogation à savoir l'objet de l'exécution forcée dans un pacte de préférence, la réponse est la clé qui permettrait de déterminer l'étendu même de cette sanction. Le promettant d'un pacte de préférence étant tenu de préférer le bénéficiaire à toute autre personne s'il se décide de vendre son bien, n'est donc obligé qu'à informer le bénéficiaire de sa décision d'aliéner et de négocier avec cette dernière en toute bonne foi. Or, l'exécution forcée doit consister à faire ou donner ce dont on était tenu de faire ou de donner mais qu'on n'a finalement pas fait ou donné. Dès lors, si le promettant manque à son obligation de faire à savoir informer et négocier en toute bonne foi, alors la loi ne peut pas l'obliger à contracter directement avec le bénéficiaire mais ne pourra que l'obliger à renégocier avec le bénéficiaire en toute bonne foi car, c'est ce dont il était tenu. Le juge ne pourra donc pas donner au bénéficiaire plus de droit qu'il en a. Il lui était dû une préférence, on lui rend cette préférence mais rien de plus ! Dans une réforme future, le législateur pourra consacrer une exécution forcée pour la violation du pacte de préférence

en prévoyant l'annulation du contrat passé avec le tiers suivie d'une renégociation du contrat avec le bénéficiaire.

B. Les conditions d'anéantissement du contrat avec le tiers : la preuve de sa mauvaise foi

Ne pas faire comme le juge français, en retirant d'une main ce qui a été donné par l'autre main, le législateur sénégalais peut fixer des conditions dans lesquelles les sanctions adéquates contre la violation d'un pacte de préférence pourront être appliquées sans qu'elles soient presque impossibles à réaliser.

En droit français, après avoir accordé au bénéficiaire du pacte la possibilité de substitution au tiers³⁰⁵, le législateur a exigé une double preuve qui consiste à vérifier préalablement d'une part si le tiers avait connaissance du pacte, ce qui est naturel, puisque seul cet élément signe sa mauvaise foi, d'autre part, s'il savait que le bénéficiaire entendait effectivement acheter le bien, en usant *hic et nunc* de son droit de préférence³⁰⁶. C'est ici que le bât blesse, puisque cette deuxième preuve psychologique suppose qu'en amont, le bénéficiaire ait su que quelque chose se tramait et alors qu'il aurait encore pu jouir du délai déterminé ou indéterminé qui lui avait été consenti, qu'il ait précipité les choses en informant le propriétaire et/ou le tiers acquéreur de son intention de faire exécuter le pacte³⁰⁷. L'exigence de ces preuves manque de pertinence, pour la raison qu'au moment de la vente le bénéficiaire n'a aucune « intention » particulière, tout simplement parce qu'il n'a pas été informé, le projet de vente ne lui ayant pas été notifié.

Le caractère « diabolique » de ces preuves tient à ce que le plus souvent, le bénéficiaire ignorera la vente consentie au tiers et n'en sera informé qu'après : trop tard. De sorte que c'est dans des cas en réalité très exceptionnels que la vente pourra être annulée,

³⁰⁵Par une parfaite assimilation du pacte de préférence à l'obligation de faire, la Cour de cassation française, qui se prononçait pour la première fois semble-t-il sur la portée exacte d'un pacte de préférence, avait cassé et annulé une décision de Cour d'appel ordonnant la substitution des acquéreurs de droits sociaux au bénéficiaire d'un pacte de préférence. La Cour de cassation avait retenu comme sanction de la violation d'un tel pacte, la réparation par les dommages et intérêts en application de l'article 1142 du Code. Cette position de la Cour de cassation était conforme à l'état du droit positif dans ce pays.

³⁰⁶Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, D. 2006.

³⁰⁷P-Y. GAUTIER, « Le leurre de la double preuve, supposée non diabolique, pour l'opposabilité du pacte de préférence au tiers », RTD Civ. 2012 p. 127.

victoire à la Pyrrhus³⁰⁸. Raison pour laquelle, très peu de juridictions ont admis cette double preuve. La preuve de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte est impossible, comme toute preuve psychologique, c'est à dire de l'état d'esprit d'une personne. On pense à l'intention criminelle en droit pénal, à la volonté libérale en matière de donations, au mobile illicite dans le contrat, à la démente dans tous les actes juridiques, etc.³⁰⁹ Elle est également non pertinente car, au moment où le promettant contracte avec le tiers, s'il ne prend pas le soin d'en informer le bénéficiaire, afin qu'il préempte, cette dernière se retrouve dans l'expectative. Son droit est désormais en sommeil, en l'absence de notification. Comment pourrait-il alors avoir la moindre intention, sans information ? A ce stade, il l'ignore lui-même. Comment le tiers pourrait-il alors connaître une intention qui n'est pas encore arrêtée ?

Dans un COCC révisé, l'obtention de l'annulation du contrat passé avec le tiers ainsi que la renégociation du contrat avec le bénéficiaire seront donc conditionnées à la seule preuve de la mauvaise foi³¹⁰ de ce dernier. Mais, cette mauvaise foi pourra être prouvée par tout moyen. Contrairement à son homologue français, le législateur sénégalais n'aura pas besoin de déterminer avec exactitude les deux éléments constitutifs de cette mauvaise foi à savoir la connaissance par le tiers de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Il sera tenu d'accorder plus de liberté au bénéficiaire dans ses preuves, mais également une certaine autonomie au juge dans la caractérisation de la mauvaise foi du tiers. Cette mauvaise foi a d'ailleurs été énoncée au niveau de l'article 326, mais uniquement pour l'annulation du contrat passé avec le tiers, qui en effet ne constitue pas une exécution forcée en nature s'il n'est pas suivie d'une renégociation du contrat avec le bénéficiaire. Du coup, la seule preuve de la connaissance par le tiers de l'existence du pacte pourrait être caractéristique de la mauvaise foi du tiers si le juge en décide ainsi.

³⁰⁸Une victoire chèrement acquise, au résultat peu réjouissant, comme celle de Pyrrhus sur les romains à Héraclée, ou il subit de si lourdes pertes qu'elle équivalait à un désastre. Dictionnaire de français LAROUSSE.

A l'instar des batailles remportées sur les Romains par le fameux roi d'Épire, cette victoire s'avère coûteuse (tant d'efforts déployés) et légèrement décevante, si on en juge par le résultat obtenu, P-Y. GAUTIER, « Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup probatio diabolica », Recueil D.2006 p. 1861.

³⁰⁹P-Y. GAUTIER, « Le leurre de la double preuve, supposée non diabolique, pour l'opposabilité du pacte de préférence au tiers », op. cit.

³¹⁰ Définie par le dictionnaire comme étant une indécence caractérisée par une volonté d'affirmer un propos que l'on sait foncièrement faux ou injuste, mais que l'on continue à clamer comme la vérité.

En définitive, on se rend compte que l'exécution forcée en nature d'une obligation manquée est possible aussi bien dans les promesses de vente que dans le pacte de préférence. Ceci étant dû au fait que dans le droit commun des obligations, l'exécution forcée est permise au même titre que l'allocation de dommages et intérêts pour sanctionner la violation d'un contrat, or les avant-contrats sont de véritables contrats³¹¹. Ainsi, il ne sera pas difficile de l'inclure dans le droit spécial de la vente afin de donner plus de teneur à la force obligatoire des avant-contrats. En outre, c'est l'objet de cette exécution forcée en nature qui diffère. Au moment où, dans la promesse synallagmatique de vente d'immeuble, l'exécution forcée consistera en la conclusion forcée du contrat de vente et non directement au transfert de propriété, dans le pacte elle consistera en une obligation de négociation avec le bénéficiaire du pacte afin de trouver un accord. Le point de rencontre de tous les avant-contrats du COCC se trouve donc dans la sanction de leur inexécution.

Cependant, force est de reconnaître que même si le législateur sénégalais a autant que faire s'est pu essayer de faire croire en l'existence d'un droit commun des avant-contrats du code des obligations civiles et commerciales, la dissemblance entre ces avant-contrats est plus frappante qu'il ne paraît. En effet, aussi bien dans leur nature que dans les effets qu'ils produisent, on se rend compte que la synonymie n'est pas possible. Une réglementation commune serait une cause perdue.

On peut cependant, réglementer chacun de ces avant-contrats de façon exclusive tout en y incluant les circonstances de leur violation, puis leur donner un point de chute au niveau des sanctions. Il s'agira donc de faire un simple renvoi à un article 326 prévoyant l'octroi de dommages et intérêts et l'exécution forcée en nature en cas de violation d'un avant-contrat consacré dans le code des obligations civiles et commerciales du Sénégal. Les avant-contrats plus qu'une période, sont de véritables contrats qui méritent des sanctions adéquates contre leur violation. En accomplissant ceci, on se retrouve dans les entrailles profondes d'une théorie générale des avant-contrats du COCC.

³¹¹ Par ailleurs, si en France l'exécution forcée en nature du pacte de préférence n'était pas permise avant la réforme, c'était dû au fait que la nature du pacte de préférence instituait une obligation de faire insusceptible d'une exécution en nature.

CONCLUSION

Depuis 50 ans, nous avons peu touché aux textes du COCC, avec une stabilité pas très éloignée d'un immobilisme forgé dans le marbre³¹². « *Ce qu'il faut faire, ce n'est surtout pas une refonte totale parce qu'il y a des principes cardinaux dans le COCC, mais des propositions de réaménagement et de réactualisation* ». Ce besoin de réactualisation dans le domaine des avant-contrats se fait sentir. Ainsi, l'analyse sur l'existence de la théorie générale des avant-contrats du COCC a été l'objet de notre réflexion. Pour ce faire, il était indispensable de revoir l'état du droit positif, du droit constant. Ce qu'il y'a lieu de retenir est que les avant-contrats sont de véritables contrats qui répondent aux mêmes conditions mais viennent s'insérer dans un schéma global dont l'aboutissement est le contrat définitif. On les évoquera partant de l'avant contrat le plus éloigné, à celui le plus proche du contrat définitif, ce qui nous fait : le pacte de préférence, la promesse unilatérale et enfin la promesse synallagmatique de contrat.

Dès lors, même si tous ces avant-contrats préparent la conclusion d'un contrat futur, leur différence ne permet pas d'en faire une réglementation commune. Ce qu'il y'a en outre lieu de faire c'est de réglementer chacun de ces avant-contrat de façon distincte, puis de recouper leur chemin au niveau des sanctions à savoir l'allocation de dommages et intérêts et l'exécution forcée en nature. Mais la nature de cette dernière dépendra de chaque avant-contrat. On se retrouve donc en pleine théorie générale des avant-contrats à travers cette ressemblance unique qu'est leur nature contractuelle. Si non ne faudrait-il pas repenser cette notion même de théorie générale qui apparaît comme une recherche d'essence sous l'accident, l'unité sous la diversité des règles. Il s'agit d'établir une cohérence, des régularités que la simple réalité brute ne livre pas. Elle est dans la pensée relative au Droit, non dans le Droit³¹³. Ainsi, GOETHE affirme que « *La connaissance suprême est de reconnaître que toute réalité est déjà théorie* ». Les théories générales sont faites pour simplifier et clarifier une réalité complexe. Mais elles peuvent aussi être des carcans. Ainsi, elles déposent parfois un voile sur l'évolution du droit. De sorte qu'alors,

³¹² I.Y. NDIAYE, Leçon inaugurale : Le COCC, cinquante ans après (Regard furtif), in **NDIAYE Isaac Yankhoba, CORREA Jean-Louis, DIOUF Abdou Aziz**, *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Vol. 1 et 2, Harmattan-Sénégal, 2018, Vol 1, p.13.

³¹³ E. S AVAUX, « Théorie générale du contrat, MYTHE OU REALITE ? » op. cit.

lorsqu'on pense décrire et enseigner la réalité, on l'interprète déjà en la présentant à travers certaines catégories qui la dénaturent.

L'importance des théories générales dans le discours universitaire devrait donc être relativisée. Les acteurs de ce milieu devraient plus œuvrer dans la déconstruction et non dans la systématisation. Mais ce n'est pas dire que les théories générales doivent être proscrites. Elles sont des instruments d'enseignement irremplaçables !

Bibliographie

I. TEXTES DE LOIS

Acte Uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique

Acte uniforme sur le droit commercial général

Code CIMA

La Constitution du Sénégal

Code civil français

Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal

La loi n°64-46 du 17 juin 1964 relative au Domaine national et ses multiples décrets d'application.

La loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière, abrogeant et remplaçant le décret du 26 juillet 1932.

La Loi n°2012-02 du 03 janvier 2012 sur le crédit-bail au Sénégal

Arrêté du 5 novembre 1830 promulguant le Code civil napoléonien de 1804

Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA, par les professeurs J.I. SAYEGH, P.G. POUGOUE et F.M. SAWADOGO

II. OUVRAGES GENERAUX, TRAITES ET MANUELS

ANTONMATTÉI Paul. Henri et **RAYNARD Jacques**, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 6e éd., 2008, Litec

CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, 10^{ème} éd, LGDJ, 2001

CARBONNIER Jean, *Droit civil, T. 4, Les obligations*, 20^{ème} éd., 1996

CARBONNIER Jean, *Droit civil, les obligations, T.4*, 22^{ème} éd., PUF, coll. *Thémis droit privé*, 2000, n°26, p. 73.

COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, 7e éd., D.

CORNIL, *Debitum et obligatio, recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine*, in Mélanges GIRARD, 1912, T.1

DEMOGUE René, *Traité des obligations en général, Sources des obligations*, T.2, 3^{ème} éd

DHESTIN Jacques, *Traite de droit civil, T2, les obligations, le contrat*, RIDC, 1980

FABRE-MAGNAN Manuel, *Droit des obligations, T.1. Contrat et engagement unilatéral*, 2^{ème} éd., PUF, coll. *Thémis droit privé*, 2010

FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc, *Les obligations, T. 2, Le fait juridique*, 6e éd., 1994

FOUILLÉE Alfred, *La science sociale contemporaine*, 2^{ème} éd, Paris, Hachette, 1985

GHESTIN Jacques et DESCHE Bernard, *Traité des contrats, la vente*, LGDJ, 1990

HEIDEGGER Martin, *Qu'appelle-t-on penser ?*, trad. franç., PUF Quadrige 2e éd, 1999

KANT Emmanuel, *Des Prolégomènes aux Écrits de 1791 Cuir/luxe*, Œuvres philosophiques, T. 2, 11 janvier 1985

MALAURIE Pierre, AYNÈS Laurent et GAUTIER Pierre Yves, *Les contrats spéciaux*, 3e éd., Defrénois,

MALAURIE Pierre, AYNES Laurent et GAUTIER Pierre. Yves, *Les contrats spéciaux*, 5^{ème} éd., Defrenois, coll. *Droit civil*, 2011

MAZEAUD Dennis et CHABAS François, *Leçons*, T. 2, 1er vol

OURLIAC Paul et DE MALAFOSSE J, *Histoire du droit privé*, PRESSES UNIVERSITAIRES DE France, 1ère éd : 4e trimestre 1957

PLANIOL Marcel. Ferdinand, RIPERT Georges et HAMEL, *Contrats civils*, 1er vol., 2e éd., 1956

PLANIOL Marcel. Ferdinand, *Traité élémentaire de droit civil*, 1900, T.2, n°983,

RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ. 4ème éd. 1949,

STARCK Boris, ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Obligations*, T. 1, *Responsabilité délictuelle*

TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, *Droit civil, les obligations*, 6e éd., 1996

III. OUVRAGES SPECIAUX, THESES ET MONOGRAPHIES

BENABENT, DOMAT, MONTCHRESTIEN, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, 1993.

DURRY Georges, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, Th, Paris, 1957, spéc. n° 402

FRELETEAU Barbara, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, déc. 2015

HUET Jérôme, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, Th, Paris, 19

KANTE Alassane, *L'ordre public économique dans un pays en développement : L'exemple du Sénégal*, Th, Doctorat d'Etat en Droit Présentée et soutenue publiquement le 27 février 1998

LAITHIER Yves- Marie, *La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ?* RDC, 1er avril 2012

LAUDE Anne, « La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat », Th, 1992, 557.P

LUXEMBOURG Fanny, *La déchéance des droits, Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Paris, Ed. Panthéon Assas, Th, 472.p, soutenue 2005, parue en Avril 2008.

MACQUERON Jean, *Histoire des obligations, Le droit romain*, CENTRE d'HISTOIRE INSTITUTIONNELLE et de l'ANTIQUITÉ ROMAINE ÉCONOMIQUE Série Mémoires et Travaux, n° i, 1971, p.1

MOUSSERON Jean-Marc, GUILBAI Michel, MAINGUY Daniel, LEFEBVRE François, *L'avant-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2001

NABARRO, *Good faith in bargaining*, Th, P.D. CAMBRIDGE, 1988

NDIAYE Isaac Yankhoba, CORREA Jean-Louis, DIOUF Abdou Aziz, *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Vol. 1 et 2, Harmattan-Sénégal, 2018.

POPPER Karl, *La connaissance objective*, Champ, Flammarion, 1998

PRYBYS-GAVALDA Natacha, *La notion d'obligation de donner*, th. Montpellier I, 1987

RINGLER Solène, *Existe-t-il une théorie générale de l'avant-contrat ?*, Th, Toulouse, 2010.

ROUJOU de BOUBEE Marie-Eve, *Essai sur la notion de réparation*, Th, Toulouse, 1974, LGDJ

SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, *Le droit de préemption*, Th, LGDJ, 1979, 616. p

SARVARY-BENE Peter, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, Th soutenue le 14 déc. 2015.

SAVAUX Eric, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, Th, 1997.

SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna, *La période précontractuelle en droit français* : Th. p. 545.

VICENTE Serge, *L'activité en tant que bien. Réflexions sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner*, Th. Grenoble II, 1999

IV. ARTICLES ET CHRONIQUES

ANDRE (M.E) et RAYNARD Jacques, « Contrat et négociation, Le droit supranational et les techniques contractuelles », 1997

ANZIEU, « La négociation », Novembre 1963

BADJI Patrice Samuel, « La mise en cohérence des règles relatives à la sanction de l'inexécution des obligations », In Y. NDIAYE, J.-L. CORREA, A. A. DIOUF, *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après*, Vol. 1, Harmattan

CAMPAGNOLA François, « Bonne foi et loyauté en en droit des contrats »

CHALARON Yves, « La conduite de la négociation » in Dr. soc. *La négociation collective d'entreprise*, 1990, n° spécial 7-8

CHAZAL Jean.-Pascal, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin? », Actes du colloque du centre René-Demogue de l'Université de Lille I, Paris, D. 2003

CHAZAL Jean-Pascal, « De la théorie générale, à la théorie critique du contrat », 01 décembre 2003 n° 1, P. 27

CORREA Jean-Louis, « Contribution à l'étude de l'obligation de donner en droit sénégalais des obligations », *Annales africaines*, Dec.2014, vol.2, pp.226-252

CORREA Jean-Louis, « L'écriture du droit des obligations au Sénégal, Discours de la méthode pour une réforme du droit des obligations au Sénégal », 18 juillet 2017

CORREA Jean-Louis, « L'exécution forcée des obligations de faire en droit sénégalais : glose des articles 6, 105, 194 et suivants du Code des obligations civiles et commerciales »

COURDIER-CUISINIER Anne.-Sulvie, « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner », *RTD civ.* 2005

DAGOT (V. M), « Les illusions de la lettre recommandée », *JCP N* 2003. 1266

DIAGNE Assane, « A qui appartient la terre aujourd'hui ? » Fiche d'info et guide

DIALLO Boubacar, « Promesse sous seings privées de vente d'immeuble immatriculé ne vaut ? Observations sur CS Sénégal n° 79 du 16 juillet 2008, Aliou Bathily c/ Abdoul Diallo », in *Droit et Ville* n°71/2011

FABRE-MAGNAN Manuel, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996

FABRE-MAGNAN Manuel, « De l'obligation d'information dans les contrats », *LGDJ.* 1992, n°6

FAGES Bertrand, « Le vent des promesses », *RTD Civ.* 2011

FAYE Amadou, « Le transfert de propriété dans la vente de l'immeuble en droit sénégalais », *RDS*, Université de Toulouse, Presses universitaires de Toulouse 1 Capitole, n°8, nov. 2009

FORRAY Vincent, « Le consensualisme dans la théorie générale du contrat », Mars 2007

GUESTIN Jacques, « La notion de contrat », Recueil D. 1990

GAUTIER Pierre.-Yves, « Le leurre de la double preuve, supposée non diabolique, pour l'opposabilité du pacte de préférence au tiers », RTD Civ. 2012

GAUTIER Pierre. Yves, « Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup probatio diabolica », RTD Civ, 20 juillet 2006

HUET Jérôme, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in études GHESTIN (J), Paris, LGDJ, 2001

JAUFFRET-EPSTEIN Sophie, « Le devoir de négociier de bonne foi en droit du travail américain », RID comp. 1982

JONAS Hans, « Le Principe responsabilité, Une éthique pour la civilisation technologique », 1979 ; coll: « Champs », France, Flammarion, 1995

JOSSERAND Louis, « Le contrat dirigé », DH. 1933

LAITHIER Yves-Marie, « Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat », LGDJ, 2004, 670.P.

LE TOURNEAU Philippe, CADIER Loïc, « Droit de la responsabilité », Ed D., Coll. Dalloz Action, 1998, 1060. P

LEQUETTE Susanne, « Réflexions sur la durée du pacte de préférence », RTD Civ. 2013, p. 491.

LEGRAND B, « L'offre obligatoire d'indemnité à la charge de l'assureur du responsable, in Indemnisation des victimes d'accidents de la circulation », 1985, LGDJ

MAZEAUD Dennis, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle : in Mélanges offerts à J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle », LGDJ, 2001, p.637.

MAZEAUD Dennis, « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », Gaz. Pal. 1994

MBAYE Mayatta. Ndiaye, « Les transactions immobilières au Sénégal », in De l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul Gérard Pougoué, Wolters Kluwers, 2013

MESTRE Jaques, « De la violation du pacte de préférence », RTD Civ. 1993, p.346

MOLFESSIS Nicolas, « De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapté doit être banni », RTD Civ, 2012, p. 231.

MOUSSERON Pierre, « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », RTD Com. 1998, p.44.

MINKADA Hervé Magloire Moneboulou, « La question de la définition du contrat en droit privé: essai d'une théorie institutionnelle », Revue semestrielle d'Etudes, de Législation, de Jurisprudence et de Pratique Professionnelle en Droit des affaires & en Droit Communautaire, N°6, janvier 2016

PAULIN Christophe, « Promesse et préférence », RTD Com. 1998

PIAZZON Tomas, « Retour sur la violation des pactes de préférence », RTD civ. 2009, n°30, p.461

PIEDELIEVRE Stéphane, « Droit de l'immeuble », JCP N, 2010

PILLET Gilles, « Prémption et Retraits », Mars 2010

RIGAUX François, « Examen de la détermination du droit applicable aux relations précontractuelles », in ICC, Dossiers of the Institute of International Business Law and Practice, Formation of contracts and precontractual liability, 1990

ROUVIER Frédérique, « Le pacte de préférence rapproché des droits de préemption », Defrénois 2012, n°12, art. 40531

SAKHO Abdoulaye, « L'exécution forcée des obligations de faire résultant des pactes de préférence dans les cessions d'action », Consortium pour la recherche économique et sociale, 2014

SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna, « La sanction de la faute précontractuelle », RTD civ. 1974

SCHMIDT Reimer, Die Obliegenheiten, Verlag « Versicherungswirtschaft », Karlsruhe, 1953

TALLON Dennis, « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », D. 1992

THIOYE (M), « Les limitations à la force obligatoire du contrat », Rev. Des soc, 2001

TUNC André, « L'avenir de la responsabilité civile pour faute », janv 1988

VOIRIN Pierre, « Le pacte de préférence », JCP 1954. I. 1192

YUNG Walter, « Devoirs généraux et obligations ».

V. JURISPRUDENCES, NOTES ET OBSERVATIONS

Cass., 12 janv. 1926, DH 1926. 116

Cass. 6 avr. 1927, Rennes, Gaz. Pal. 1929. 2. 932

Cass. civ. 30 oct. 1933, *DH* 1933.569

Com. 7 mars 1972, Bull. civ. IV, p. 20, n° 83

C.Cass. 1^{ère} civ 1, du 27 mars 1973, 71-14.587, Publié au bulletin

C.Cass. civ., 12 avr. 1976, Bull. civ. I, p. 98, n° 122

TPI Dakar n°2113 du 15 juillet 1983, DIOUF c/NDIAYE

Civ. 3e, 10 mai 1984, Bull. civ. III, n° 96, p. 77 ; JCP 1985.II.20328, note M. DAGOT

Defrénois, 1985.1234, note J.-M. OLIVIER

Com. 12 mai 1992, Bull. Joly 1992. 782, note P. Le Cannu

RTD. civ. 1993. 346, obs. Jacques Mestre

CS du Sénégal, (2^{ème} Civ. Et Com), arrêt n°107, 4 juin 1993, note critique de Aliou. CISSE

Civ. 3^e, 15 déc. 1993, Bull. civ. III, n° 174

C.Cass. 3e civ. Arrêt n° 91-10.199, rendu le 15-12-1993, Recueil Dalloz 1994 p. 507

Note Dennis. MAZEAUD sous Civ 3^{ème}, D. 1997, Jurisp

C.Cass. 2e civ., 4 juin 1997, RTD civ. 1997. 921, obs. Jacques. MESTRE

Note Dennis. MAZEAUD, sous Civ 3^{ème}, D. 1997, Jurisp. P. 475

Note Dennis. MAZEAUD, sous Civ 3^{ème}, D. 1997, Jurisp. P. 475

C. Cass, n° 91 du 24 Avril 1999 Suzanne page c/ Coumba Ka)

Cass. civ. 1^{ère} 18 avr. 2000, n°98-13620

Civ. 1^{re}, 10 juill. 2002, Bull. civ. I, n° 192; RTD. civ. 2003. 107, obs. Pierre-Yves. GAUTIER

Cass. civ 1^{er} , du 9 avril 2002, 00-13.314, Publié au bulletin

R. LIBCHABER, obs. sous Civ. 3e, 15 janv. 2003, no 01-03.700, Bull. civ. III, no 9

RTD. civ. 2003. 497, obs. Jaques MESTRE et B. FAGES, et 517, obs. Pierre-Yves. GAUTIER

Civ. 3^e, 29 janvier. 2003, Bull. civ. III, n° 24

Defrénois 2003. 1267, obs. J.-L. AUBERT

CA Dakar, arrêt n° 21 du 15 janvier 2004, inédit.

CA de Dakar, 10 septembre 2004, Christine TESSIER BOYER c/ La société anonyme Saly Ressort Compagny

Civ. 1^{ère}, 10 juillet 2002, Bull. n°192, 5 mai 2004, pourvoi n°01-16.014, 01-15.812, 02-11.292

RDC 2004. 340, obs. P. BRUN, p.93. Cass. 3^{ème} Civ

Civ. 3e, 22 sept. 2004, no 02-21.441, Bull. civ. III, no 157

CA Dakar, arrêt n° 21 du 15 janvier 2004

Cass, mixte, du 26 mai 2006, 03-19.376, Publié au bulletin

Obs. B. THULLIER, Cass., ch. mixte, 26 mai 2006.

CA Dakar, arrêt n°875, 15 décembre 2006, inédit

Jugement n° 2125, 12 décembre 2006 inédit

Cour de cassation du Sénégal, *La société Express transit c/La compagnie bancaire de l'Afrique occidentale*, arrêt n° 19 du 16 janvier 2008.

CS du Sénégal, arrêt n°25 du 6 Avril 2011

CA Dakar, arrêt n°474, 17 août 2011, inédit

CS, Arrêt N°63 du 18 Juillet 2012

Cass. civ., 3^{ème}, 19 décembre 2012, 08-14.225

CS du Sénégal, Chambres réunies, n°11 du 19 juin 2012, CBAO c/express Transit, inédit.

Cass. Civ. 3e., 24 mars 2016, pourvoi n° 15-14.004

VI. COURS, RAPPORTS ET DICTIONNAIRES

CORREA (J. L), *Cours de droit des obligations*, UASZ, inédit.

Dictionnaire étymologique de la langue française

Dictionnaire de français LAROUSSE

Dictionnaire Le grand Robert de la langue française

Dictionnaire le Petit Robert

Dictionnaire Littré

Lexique des termes juridiques, 1990, Dalloz

Rapport de L.S. LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, LGDJ, 2008, n° 394, p.262

Rapp. Jacques. MESTRE, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, RTD civ. 1986. 100.

Rapp. Cass. civ., 4 janv. 1937, Rev. Sociétés 1937. 117

G. CORNU, Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, PUF, Quadrige, 2003

VII. WEBOGRAPHIE

<https://www-dalloz-fr.ezproxy.univ-orleans.fr>

<https://www.lextenso.fr/documents/tous-les-ouvrages>

<https://www.legifrance.gouv.fr>

[https://WWW.courdecassation.fr/jurisprudence2/chambres.mixte,2740/SARCELET
avocat8745.html,](https://WWW.courdecassation.fr/jurisprudence2/chambres.mixte,2740/SARCELET_avocat8745.html)

[https://www.actualitesdudroit.fr,](https://www.actualitesdudroit.fr)

<https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/delivrance.php>

[http://www.coursupreme.sn/images/Juris/Civcom/BACS16/BACS16CIV_N19_16_01_200
8.pdf.](http://www.coursupreme.sn/images/Juris/Civcom/BACS16/BACS16CIV_N19_16_01_2008.pdf)

[www.village-justice.com/articles/Bonne-foi-loyaute-droit-des-contrats,23007.html.](http://www.village-justice.com/articles/Bonne-foi-loyaute-droit-des-contrats,23007.html)

[https://fr.africacheck.org/factsheets/fiche-dinfo-a-qui-appartient-la-terre-au-senegal.](https://fr.africacheck.org/factsheets/fiche-dinfo-a-qui-appartient-la-terre-au-senegal)

[www.courdecassation.fr/jurisprudence-2/chambres-mixtes_2740/SARCELET
_avocat_8745.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence-2/chambres-mixtes_2740/SARCELET_avocat_8745.html)

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	I
DEDICACE.....	III
SOMMAIRE	IIIi
LISTE DES SIGLES, ABREVIATIONS ET ACRONYMES	IV
INTRODUCTION.....	1
PREMIERE PARTIE : L'INEXISTENCE D'UNE THEORIE GENERALE DES AVANT- CONTRATS DU COCC	8
CHAPITRE I : UNE DEFAILLANCE REDACTIONNELLE.....	9
SECTION I : LE REGIME DU PACTE DE PREFERENCE	9
PARAGRAPH I : Le manque de considération du pacte de préférence dans le COCC	10
A. L'absence de disposition expresse sur le pacte dans le COCC	10
B. L'absence de définition propre au pacte dans le COCC.....	13
PARAGRAPH II : La soumission du pacte aux règles sur les promesses de vente	16
A. Une unité de finalité de la promesse et de la préférence	16
B. Une dualité de mise en œuvre dans la promesse et la préférence.....	18
SECTION II : LA REGLEMENTATION DE LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE VENTE D'IMMEUBLE IMMATRICULE.....	20
PARAGRAPH I : La rédaction de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble	21
A. Une ambiguïté notionnelle	21
B. Une ambiguïté de qualification	25
PARAGRAPH II : L'autonomie de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble immatriculé dans le COCC	28
A. La détermination de l'obligation en cause : faire ou donner	29
B. La sanction de l'inexécution de la promesse synallagmatique de vente d'immeuble	33
CHAPITRE II : L'APPLICATION DU DROIT COMMUN DES AVANT-CONTRATS	37
SECTION I : LE CONFLIT ENTRE PREEMPTION ET PREFERENCE	38
PARAGRAPH II : Le conflit en cas de conclusion du pacte avant la préemption.....	38

A.	L'atteinte à la force obligatoire du pacte de préférence	39
B.	L'action en responsabilité contractuelle du bénéficiaire du pacte.....	42
	PARAGRAPHE II : Le conflit en cas de conclusion du pacte après la préemption	45
A.	La primauté de la préemption sur la préférence	45
B.	La mauvaise foi du promettant ou naïveté du bénéficiaire du pacte	48
	SECTION II : L'INCOHERENCE DES SANCTIONS DU PACTE AVEC LES CONDITIONS DE SA VIOLATION.....	50
	PARAGRAPHE I : La charge d'une information ou « action informative » dans le pacte ..	50
A.	L'information dans le pacte : une véritable obligation.....	51
B.	L'information dans le pacte : une incombeance ou un simple devoir.....	53
	PARAGRAPHE II : Une obligation de contracter dans la promesse unilatérale.....	57
A.	L'obligation du promettant.....	57
B.	Le droit d'option du bénéficiaire.....	59
	DEUXIEME PARTIE : LA CONSTRUCTION D'UNE THEORIE GENERALE AVANT-CONTRATS DANS LE COCC	67
	CHAPITRE I: UNE MISE EN COHERENCE DANS LA REGLEMENTATION DES TRANSACTIONS IMMOBILIERES.....	67
	SECTION I : RETOUR DE L'ARTICLE 382 COCC.....	68
	PARAGRAPHE I: L'inopportunité de l'article 382	68
A.	Une consécration répétitive de l'autonomie de la promesse synallagmatique	69
B.	Une répétition inutile de l'obligation d'inscription foncière	71
	PARAGRAPHE II: La réorganisation cohérente des formalités du contrat définitif.....	73
A.	L'exigence d'une formalité de validité du contrat	74
B.	L'exigence d'une formalité d'exécution du contrat	75
	SECTION II : UNE REECRITURE DES DISPOSITIONS SUR LES PROMESSES SYNALLAGMATIQUES	77
	PARAGRAPHE I : La réitération du caractère consensuel de la promesse synallagmatique de vente	78
A.	La force de la rencontre des volontés dans la promesse synallagmatique.....	78
B.	La détermination de l'obligation des parties	81

PARAGRAPHE II : Une proposition de sanctions exclusives pour la violation de la promesse synallagmatique.....	83
A. L' allocation de dommages et intérêts.....	84
B. La conclusion forcée de la vente promise	87
CHAPITRE II : UNE MISE EN COHERENCE DANS LA REGLEMENTATION DU PACTE DE PREFERENCE.....	90
SECTION I : PREMIERE POSSIBILITE : UNE APPLICATION CONDITIONNEE DE L'ARTICLE 326 AU PACTE DE PREFERENCE.....	90
PARAGRAPHE I : La détermination de l' obligation du promettant.....	91
A. L' obligation d' information sur la décision d' aliéner.....	92
B. L' obligation de négocier avec le bénéficiaire	94
PARAGRAPHE II : Le renvoi de la sanction de la violation du pacte à celle des promesses de vente	98
A. L' objet de la réparation	99
B. La possible amélioration de ces sanctions.....	100
SECTION II : DEUXIEME POSSIBILITE : LA PROPOSITION D'UNE REGLEMENTATION PROPRE AU PACTE DE PREFERENCE.....	103
PARAGRAPHE I : Une redéfinition du pacte de préférence.....	103
A. La détermination de la nature du pacte de préférence	104
B. Les circonstances de la violation du pacte de préférence.....	107
PARAGRAPHE II : Une proposition de sanctions exclusives au pacte de préférence.....	109
A. La substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur ou l' annulation sans substitution.....	109
B. Les conditions d' anéantissement du contrat avec le tiers : la preuve de sa mauvaise foi.....	113
CONCLUSION	116
BIBLIOGRAPHIE	
TABLE DES MATIERES	