



HAL
open science

L'obligation de faire dans la phase précontractuelle en droit civil mauricien

Goran Georgijevic

► **To cite this version:**

Goran Georgijevic. L'obligation de faire dans la phase précontractuelle en droit civil mauricien. Revue juridique de l'Océan Indien, 2021, 30, pp.35-60. hal-03328961

HAL Id: hal-03328961

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-03328961v1>

Submitted on 30 Aug 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Articles

DROIT CIVIL

L'obligation de faire dans la phase précontractuelle en droit civil mauricien

Dr. Goran GEORGIJEVIC

Lecturer – Université de Maurice¹

Résumé :

Traditionnellement, on enseigne aux étudiants de première année de droit à Maurice que la conclusion d'un contrat repose sur une offre suivie d'une acceptation. Néanmoins, la phase qui précède la conclusion du contrat ne repose pas toujours sur ce modèle. C'est notamment le cas en matière de vente immobilière, où la conclusion du contrat projeté est souvent précédée d'une négociation plus ou moins longue à l'issue de laquelle il peut être impossible d'identifier une offre et son acceptation. Il arrive, pendant cette phase précontractuelle, que les parties, désireuses de se rapprocher de la conclusion du contrat définitif, concluent des véritables contrats, appelés avant-contrats. Il en va ainsi notamment de la promesse unilatérale de contrat, de la promesse synallagmatique de contrat et du pacte de préférence.

Cette phase précontractuelle est, ainsi, source d'effets juridiques et révèle une présence assez régulière de l'obligation de faire. Dans les promesses unilatérales de contrat l'obligation de faire semble être présente, sans véritablement l'être. En revanche, dans la négociation précontractuelle, la promesse synallagmatique de contrat, le pacte de préférence et l'offre irrévocable l'obligation de faire est présente.

La sanction applicable en cas d'inexécution d'une obligation de faire dépendra directement de l'existence ou de l'inexistence pendant la phase précontractuelle, du consentement au contrat définitif projeté. D'une part, lorsque les deux parties n'ont toujours pas donné leurs consentements réciproques au contrat définitif, ce qui arrive dans une négociation précontractuelle ou encore dans une promesse synallagmatique autonome, la seule sanction envisageable en cas d'inexécution de l'obligation de faire consistera en l'allocation de

¹ L'auteur est aussi Officier (*Law Reform Officer*) à la Commission des réformes de loi de la République de Maurice (*Law Reform Commission of Mauritius*). Ses fonctions à ce titre sont suspendues pendant la durée de son engagement contractuel à l'Université de Maurice.

dommages et intérêts à la victime de cette inexécution. Personne ne peut être forcé à devenir partie à un nouveau contrat. D'autre part, lorsque l'une des parties s'est déjà engagée, en donnant, comme c'est le cas dans un pacte de préférence, ou dans une promesse unilatérale de contrat ou dans une promesse synallagmatique de contrat valant contrat ou dans une offre, son consentement au contrat définitif, l'exécution de l'obligation de faire devient concevable, car aucune pression intolérable n'est exercée sur le consentement de la personne ayant déjà consenti au contrat définitif. Par conséquent, il devient possible d'opter pour une sanction plus vigoureuse qu'une simple allocation de dommages et intérêts. Il en va ainsi de la substitution du bénéficiaire à une partie au contrat, de la déclaration sans effets de la révocation d'une promesse unilatérale de contrat ou d'une offre ou encore du remplacement de la forme authentique (notariale) par un jugement de la Cour suprême de Maurice, dans le but d'assurer le transfert de propriété de la chose à l'acquéreur.

Abstract :

Traditionally, first-year law students in Mauritius are taught that the conclusion of a contract is based on an offer followed by an acceptance. However, the phase preceding the conclusion of the contract is not always based on this traditional model. This is particularly the case pertaining to real estate sales, where the conclusion of the planned contract is often preceded by a more or less lengthy negotiation, at the end of which it may be impossible to identify an offer and its acceptance. It may happen, during this pre-contractual phase, that the parties, wishing to move closer to the conclusion of the final contract, conclude real contracts, called pre-contracts. This applies in particular to unilateral promise of contract, synallagmatic promise of contract and pact of preference.

This pre-contractual phase is thus a source of legal effects and reveals a fairly regular presence of the obligation to act. In unilateral promises of contract, the obligation to act seems to be present, without really being. On the other hand, in pre-contractual negotiation, synallagmatic promise of contract, pact of preference and irrevocable offer the obligation to act is present.

The sanction applicable in the event of non-fulfillment of the obligation to act will depend directly on the existence or non-existence during the pre-contractual phase of consent to the proposed final contract. On the one hand, when the two parties have still not given their reciprocal consents to the final contract, and it happens in a pre-contractual negotiation or even in an autonomous synallagmatic promise, the only possible sanction in the event of non-performance of the obligation to act will consist of the award of damages to the victim of this non-performance. No one can be forced to become a party to a new contract. On the other hand, when one of the parties has already committed, by giving, as is the case in a pact of preference, or in a unilateral promise of contract or in a synallagmatic promise of contract equivalent to a contract or in an offer, his consent to the final contract, the performance of the obligation to act becomes conceivable, because no intolerable pressure is exerted on the consent of the person who has already consented to the final contract. Therefore, it becomes possible to opt for a more vigorous sanction than a simple award of damages. This is the case with the substitution of the beneficiary to a party to the contract, the declaration without effect of the revocation of a unilateral promise of contract or with an offer or the replacement of the authentic (notarial) form by a judgment of the Supreme Court of Mauritius, in order to ensure the transfer of ownership of the thing to the purchaser.

Introduction

Définition du contrat. Le contrat est défini à l'article 1101 du Code civil mauricien comme une convention qui oblige à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. D'un point de vue davantage économique, le contrat constitue un instrument technique qui assure l'échange de biens et de services à Maurice, ainsi que le déroulement des transferts patrimoniaux gratuits². En s'appuyant sur la définition de l'article 1101 du Code civil mauricien, on peut affirmer que le contrat est composé d'un accord de volonté qui produit des effets de droit³. Ainsi, le contrat de vente fait apparaître l'obligation du vendeur de transférer la propriété de la chose à l'acheteur (dans le cas où ce transfert ne se produirait pas automatiquement au moment de la conclusion du contrat) et de la lui délivrer (art. 1603 C. civ. maur.)⁴. Par ailleurs, le contrat de vente génère pour l'acheteur l'obligation de payer le prix (art. 1650 C. civ. maur.)⁵. Le contrat de bail oblige le bailleur à assurer au preneur à bail une jouissance paisible de la chose louée (art. 1719 C. civ. maur.)⁶ et met à la charge du locataire l'obligation de payer le loyer (art. 1728 C. civ. maur.)⁷.

² L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, L.G.D.J. 2002, p. 160 ; G. CHANTEPIE, *La lésion*, L.G.D.J. 2006, p. 38.

³ En ce sens, les termes « *contrat* » et « *convention* » peuvent être considérés comme des synonymes. À dire vrai, l'article 1101 du Code civil mauricien ne traite que partiellement de la notion de contrat, en la limitant à la création de droits et obligations. Un bon nombre de contrats de droit mauricien, rentrent, cependant, dans la définition de l'article 1101 du Code civil (B. PETIT – S. ROUXEL, « Contrats et obligations. - Définition et classification des contrats », Fasc. unique, *Jurisclasseur Code civil*, art. 1101 à 1108-2, juillet 2013, n° 2 ; nn° 13 s. ; L. BOY, « Les 'utilités' du contrat », *Les Petites Affiches* n° 109/1997, p. 3). Il faut tout de même faire ressortir le fait que les effets du contrat ne se limitent pas, en droit mauricien, à la création de droit et obligations. Il est des contrats dont l'effet consiste à *éteindre* ou *transformer* une obligation (B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 15 ; G. PIETTE, *La correction du contrat*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2004, p. 19 ; P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 778). Par exemple, la remise de dette est un contrat (une convention) passé entre un débiteur et un créancier. À dire vrai, elle n'est pas créatrice de droits et d'obligations, mais engendre tout de même des effets juridiques. En effet, la remise de dette réduit ou éteint l'obligation du débiteur. De plus, la convention de novation a pour effet d'éteindre l'ancienne obligation et de faire apparaître une nouvelle, qui remplacera l'ancienne.

⁴ « *Il a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend* ».

⁵ « *La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix au jour et au lieu réglés par la vente* ».

⁶ « *Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière :*

[...] 3. *d'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail* ».

⁷ « *Le preneur est tenu [...] : 2. de payer le prix du bail aux termes convenus* ».

Contrat et autres actes juridiques. Le contrat, défini comme un accord de volonté générant des effets de droit⁸, se différencie nettement des actes juridiques unilatéraux, ces derniers étant des manifestations unilatérales de volonté qui créent des effets de droit⁹. Autrement dit, « à l'intérieur des actes juridiques ce qui fait la spécificité du contrat c'est qu'il produit des effets de droit par un accord de volonté »¹⁰.

Modes de conclusion du contrat. Le modèle classique de la conclusion du contrat repose sur le binôme offre et acceptation. Ainsi, d'après un modèle classique, le contrat résulte de la proposition d'une partie, qui fixe les éléments essentiels du contrat¹¹ et qui exprime sa volonté de s'engager, et de l'acceptation à l'identique émanant d'une autre partie. Ce modèle est toujours de mise à Maurice, dans les ventes mobilières, celles d'appareils électroménagers, par exemple. En revanche, il est rarement appliqué dans les ventes immobilières. La vente d'une maison ou d'un terrain est souvent précédée d'une négociation plus ou moins longue, au cours de laquelle il arrive que les parties concluent des avant-contrats (contrats préparatoires) qui précèdent la vente et visent à rapprocher les contractants du contrat de vente. De véritables droits et obligations résultent de ces avant-contrats.

Aperçu de la négociation contractuelle en droit mauricien. Plus le contrat est complexe, plus la négociation est susceptible de précéder sa conclusion¹². La négociation contractuelle se définit comme « les discussions antérieures à tout accord contractuel, même partiel ou de principe »¹³. Il s'agit de la « période exploratoire durant laquelle les futurs contractants échangent leurs

⁸ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 8 s.

⁹ Ainsi, l'offre est toujours un acte juridique unilatéral. Elle crée en toute hypothèse une option au profit du destinataire : conclure ou non le contrat (Cass. 1^{ère}, 25 juin 2014, note J. ANTIPPAS, *J.C.P. G.* n° 39/2014, 960).

¹⁰ J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Recueil Dalloz*, 1990, chr. XXVII, p. 148. Ainsi, le testament n'est pas un contrat mais une déclaration unilatérale de volonté du testateur *via* laquelle celui-ci répartit ses biens pour la période après son décès (art. 895 C. civ. maur.). La renonciation est, elle aussi, une manifestation unilatérale de volonté mettant un terme à l'existence d'un droit, tel que le droit de propriété ou d'usufruit (P. VEAUX-FOURNERIE, « Usufruit. - Fin de l'usufruit », *Fasc. unique, Jurisclasseur Code civil*, art. 617 à 624, fév. 2012, n° 24.). La reconnaissance de la paternité d'un enfant naturel représente un acte juridique unilatéral qui active le lien de filiation entre le parent et l'enfant, et qui génère, par conséquent, des droits et obligations entre eux (F. GRANET-LAMBRECHTS, « Établissement de la filiation par la reconnaissance », *Fasc. unique, Jurisclasseur Code civil*, art. 316, oct. 2015, n° 10. ; art. 334 s. C. civ. maur.). Finalement, les divers cas de résiliation du contrat constituent une autre catégorie d'actes juridiques unilatéraux mettant un terme au contrat (art. 1184 C. civ. maur.).

¹¹ Il s'agit, par exemple, de la chose et du prix dans le contrat de vente, et de la chose à fabriquer dans le contrat d'entreprise.

¹² B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 53.

¹³ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 53.

points de vue, formulent et discutent les propositions qu'ils se font mutuellement afin de déterminer le contenu du contrat, sans être pour autant assurés de le conclure »¹⁴.

En droit mauricien, chaque personne est libre d'entrer dans les pourparlers et personne n'est obligé de conclure le contrat visé par la négociation. *A priori*, la rupture des pourparlers est libre et n'engage aucune responsabilité¹⁵. Néanmoins, la rupture abusive de la négociation précontractuelle engage la responsabilité civile de son auteur : celui-ci est tenu de réparer à l'autre participant à la négociation tout le préjudice subi du fait du caractère abusif de la rupture. Pour caractériser un abus dans la rupture des pourparlers ayant atteint une intensité suffisante, le juge doit constater *l'absence de justes motifs pour la rupture*¹⁶.

Aperçu des avant-contrats en droit mauricien. Les avant-contrats (contrats préparatoires), susceptibles de précéder le contrat de vente, ne sont pas systématiquement réglementés dans le Code civil mauricien, alors qu'ils sont très souvent utilisés dans les ventes immobilières à Maurice. Ainsi, le régime juridique de ces avant-contrats doit, à l'heure actuelle, être fixé par *la jurisprudence*, c'est-à-dire par la Cour suprême de Maurice. Distincts de la vente, les avant-contrats sont de véritables contrats qui créent des droits et obligation en vue de rapprocher les parties de la conclusion de la vente¹⁷. Les avant-contrats génèrent parfois des obligations de faire.

L'obligation de faire en droit civil mauricien. L'obligation de faire consiste en le devoir du débiteur d'accomplir des actes positifs, autres que le transfert de propriété, au profit du créancier¹⁸. Les exemples en sont très nombreux. L'obligation de livrer la chose découlant du contrat de vente est une

¹⁴ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2019, p. 272, n° 247.

¹⁵ L. TRANCHANT – V. EGEA, *Droit des obligations*, Dalloz, 23^{ème} éd. 2018, p. 31 ; M. MIGNOT, « Vente. – Nature et forme. – Formation du contrat », *Jurisclasseur Code civil*, art. 1583, Fasc. unique, mai 2014, n° 7 ; B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 54 ; J. GHESTIN « La Responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *J.C.P. G.*, n° 20/2007, I, 155, n° 1.

¹⁶ M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 8. – Sur ce point voir notamment les arrêts suivants de la Cour suprême de Maurice : *Mungroo and Sons Ltd v Belle Mare Beach Development Co Ltd* 2018 SCJ 347 ; *OCRA (Mauritius) Limited vs Kartel Solutions Limited* 2014 SCJ 413 ; *Nouvelles Technologies et Systèmes Ltée & Ors v Airports of Mauritius Co Ltd* 2014 SCJ 111. Sur la liberté contractuelle dans la fixation de la fin du contrat, voir : *De la Haye LG v Air Mauritius* 2015 SCJ 244

¹⁷ L. TRANCHANT – V. EGEA, *op. cit.* pp. 31-32.

¹⁸ C.-E. BUCHER, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2011, p. 68 ; P. SIMLER, « Contrats et obligations. - Classification des obligations. – Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », Fasc. 10, *Jurisclasseur Code civil*, art. 1136 à 1145, déc. 2015, n° 69.

obligation de faire¹⁹. De plus, l'obligation de l'employé d'exécuter des tâches confiées par l'employeur et pour lesquelles il a été engagé, l'obligation d'un artiste de peindre le portrait de la personne qui a conclu le contrat avec lui, l'obligation du dépositaire de bien garder la chose mise en dépôt et de la restituer à l'expiration du contrat ou encore l'obligation du transporteur de transporter son passager, du médecin de soigner son patient et de l'avocat de prodiguer des conseils et de plaider au profit de son client constituent indubitablement les obligations de faire. En effet, « on rencontre ce type d'obligation dans toutes les variétés de contrats : mandat, contrat de travail, contrat d'entreprise, contrat de fourniture de services, contrat de bail, etc. »²⁰.

Aux termes de l'article 1142 du Code civil mauricien les obligations de faire ne sont pas susceptibles d'exécution forcée car l'article mentionné ne fait aucune distinction et force le créancier à se contenter d'une allocation de dommages et intérêts en cas d'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire²¹. En effet, « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* », dispose l'article 1142 de notre Code civil. Toutefois, quant à l'exécution forcée de l'obligation de faire, la jurisprudence contemporaine française, cette *persuasive authority* à Maurice, énonce que seules les obligations de faire dont l'exécution forcée serait contraire à la liberté individuelle²² et à l'intégrité physique du débiteur²³ se soldent par une allocation de dommages et intérêts au créancier²⁴. Il en irait ainsi d'un contrat passé entre un chanteur et une municipalité souhaitant organiser un concert, au cas où le chanteur abandonnerait le contrat capricieusement et à la dernière minute, c'est à dire au cas où il refuserait de l'exécuter (chanter). Dans ce cas, l'organisateur du concert ne pourra exiger l'exécution du contrat en nature, car forcer le chanteur capricieux à chanter serait contraire à sa liberté individuelle et vraisemblablement à son intégrité physique. C'est pourquoi l'inexécution de l'obligation de faire du chanteur se soldera par une allocation de dommages et intérêts à l'organisateur du concert. En revanche, il est des obligations de faire

¹⁹ P. SIMLER, *Fasc. précit.*, n° 58.

²⁰ P. SIMLER, *Fasc. précit.*, n° 69.

²¹ Sur une application très classique de cette règle, voir l'arrêt de notre Cour suprême : *Visionphone Contractors Ltd vs Telecommunications Consultants India Ltd* 2017 SCJ 281.

²² G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, Bruylant – L.G.D.J., 2001, p. 167 et s., n° 8.

²³ A. TANDROS, « Quelques observations sur la conclusion, la modification et l'exécution des pactes d'associés », *Recueil Dalloz*, 2019, pp. 1351 s., n° 34.

²⁴ P. SIMLER, *Fasc. précit.*, nn° 80 s. Voir aussi : Cass. 1^{ère} 27 nov. 2008 (l'impossibilité d'exécution en nature d'une obligation de faire en raison des droits acquis par des tiers), note J.-B. SEUBE, *Revue des contrats*, n° 2/2009, p. 613.

susceptibles d'exécution forcée²⁵, et notre étude tentera à le démontrer pour ce qui est de la phase précontractuelle en droit civil mauricien.

Annnonce du plan. La phase précédant la conclusion d'un contrat ne repose pas toujours, l'avons-nous constaté, sur le modèle classique résumé par le binôme offre et acceptation. C'est notamment le cas en matière de vente immobilière, où la conclusion du contrat projeté est souvent précédée d'une négociation plus ou moins longue. De plus, pendant la phase précontractuelle, les parties peuvent conclure de véritables contrats, appelés avant-contrats, censés les rapprocher de la conclusion du contrat définitif. Il en va notamment de la promesse unilatérale de contrat, de la promesse synallagmatique de contrat et du pacte de préférence.

Cette phase précontractuelle est, sans doute, source d'effets juridiques parmi lesquels figure l'obligation de faire. Si, en cas de promesse unilatérale de contrat, l'obligation de faire semble être présente dans la phase précontractuelle, sans véritablement l'être, dans les cas de négociation précontractuelle, promesse synallagmatique de contrat, pacte de préférence et offre irrévocable l'obligation de faire est réellement présente.

On considère que l'exécution en nature de l'obligation de faire doit occuper la place de la règle²⁶, en raison des articles 1184 alinéa 2²⁷ et 1134 du Code civil mauricien, et que l'application littérale de l'article 1142 du Code qui consiste à allouer les dommages et intérêts à la victime de l'inexécution d'une obligation de faire reste exceptionnelle²⁸. L'exécution forcée de l'obligation de faire aura lieu à chaque fois qu'elle est possible. Cette affirmation se confirme à propos de l'obligation de faire dans la phase précontractuelle. La sanction appliquée à l'inexécution de l'obligation de faire dépendra directement de l'existence ou de l'inexistence, pendant la phase précontractuelle, du consentement au contrat définitif projeté, et notamment au contrat de vente. D'une part, lorsque les parties n'ont toujours pas données leur consentement au contrat définitif, ce qui arrive en cas d'une négociation précontractuelle ou d'une promesse synallagmatique autonome, la seule sanction envisageable en cas d'inexécution de l'obligation de faire, consistera en l'allocation de dommages et intérêts à la victime de cette inexécution de l'obligation de faire. En effet,

²⁵ Cass. 3^{ème} 11 mai 2005, Bull. civ. III, n° 103 (en raison d'un manque de 33 cm de hauteur d'une maison, la Cour de cassation a ordonné l'exécution forcée de l'obligation de faire de l'entrepreneur, c'est-à-dire la démolition et une nouvelle édification conforme au contrat) ; obs. D. MAZEAUD, *Revue des contrats*, n° 2/2006, p. 323. – Voir aussi : Cass. 1^{ère}, 16 janv. 2007, note G. VINEY, *Revue des contrats*, n° 3/2007, p. 741.

²⁶ Cass. 3^{ème} 11 mai 2005, obs. D. MAZEAUD, *Revue des contrats*, n° 2/2006, p. 323.

²⁷ « La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ».

²⁸ « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. (...) Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

personne ne peut être forcé à devenir partie à un nouveau contrat, cela serait contraire à la liberté individuelle de chacun et contraire à la définition même du contrat, qui est un accord de volonté. D'autre part, lorsque l'une des parties s'est déjà engagée, en donnant, au cours de la phase précontractuelle, son consentement au contrat définitif, l'exécution de l'obligation de faire devient concevable, car aucune pression intolérable n'est exercée sur le consentement de la personne ayant déjà consenti au contrat définitif. La force obligatoire du contrat (art. 1134 C. civ. maur.) et la possibilité d'exiger l'exécution forcée du contrat (art. 1184 al. 2 C. civ. maur.) prendront alors le dessus. Cela arrive, nous le verrons dans les développements qui suivent, dans un pacte de préférence, une promesse unilatérale de contrat, une promesse de contrat valant contrat et une offre. Par conséquent, il devient possible d'opter pour une sanction plus vigoureuse que l'allocation de dommages et intérêts. Il en va ainsi de la substitution du bénéficiaire à une partie au contrat, de la déclaration sans effets de la révocation de la promesse ou de l'offre ou encore du remplacement de la forme authentique (notariale) par un jugement de la Cour suprême de Maurice, dans le but d'assurer le transfert de propriété de la chose à l'acquéreur.

Ainsi, nous allons successivement étudier la présence de l'obligation de faire dans la phase précontractuelle (Première partie) et le lien indissoluble entre la sanction de l'obligation de faire et l'existence du consentement au contrat définitif (Seconde partie).

I. Présence de l'obligation de faire dans la phase précontractuelle

La présence de l'obligation de faire dans la phase contractuelle est parfois apparente (A) et parfois elle est avérée (B).

A. Une présence apparente

La présence apparente de l'obligation de faire dans les promesses unilatérales de contrat. La promesse unilatérale de contrat, qui est une institution incontestée en droit civil mauricien²⁹, est un contrat où une partie, *le promettant*, donne d'ores et déjà son consentement à la conclusion du contrat définitif,

²⁹ *Ellayah Ramdas & Anor vs Seewoosunkur Jhuboo & Anor* 1994 SCJ 412 ; R. SABATIER, « La promesse de contrat », 62^{ème} *Congrès des Notaires de France*, Perpignan, 1964, pp. 121 et s.

notamment la vente, dont le contenu est déjà fixé³⁰. L'autre contractant, *le bénéficiaire*, dispose d'un délai, explicitement ou implicitement fixé³¹, pour déclarer qu'il accepte la promesse, ce qui entraînera la conclusion du contrat définitif, ou qu'il la refuse³². Une fois l'option est levée, la promesse unilatérale de contrat se mue en promesse synallagmatique valant contrat définitif³³. Autrement dit, le contrat définitif est *a priori* conclu³⁴.

À l'heure actuelle, et à notre connaissance, la Cour suprême de Maurice n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de la révocabilité unilatérale de la promesse unilatérale de contrat. En France, dont la Cour de cassation est une *persuasive authority* à Maurice³⁵, pendant longtemps, on considérait que le consentement que donnait le promettant au jour de la promesse était *irrévocable* et que le bénéficiaire pouvait, pendant tout le délai qui lui avait été imparti, lever l'option par une déclaration unilatérale de volonté et parachever ainsi la conclusion du contrat définitif³⁶. La révocation de la promesse unilatérale de contrat intervenue pendant ce délai d'option et avant que l'option ne soit levée, ne produisait aucun effet de droit³⁷. Cela s'expliquait par le fait que la promesse

³⁰ Cass. 3^{ème}, 10 mars 2015, n° de pourvoi : 13-28.695, comm. G. LOISEAU in « Droit des contrats, chronique sous la direction de Jacques Ghestin », *J.C.P. G.*, n° 27/2015, doct. 808, n° 3.

³¹ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 288, n° 258.

³² Ce droit de choisir entre deux possibilités, mis à la disposition du bénéficiaire de la promesse, est traditionnellement appelé *droit d'option* (F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 283, n° 256.) et qualifié tantôt d'un droit de créance, tantôt d'un droit potestatif (F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE, F. CHENEDE F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 287, n° 258 ; Cass. 3^{ème}, 22 sept. 2010, n° de pourvoi : 09-14.817, note D. BONNET, *J.C.P.. G.* n° 50/2010, 1238, partie II, sous-partie B.).

³³ BONNEL, « Le refus du promettant d'exécuter la promesse », *62^{ème} congrès des notaires de France*, Perpignan, 1964, p. 382.

³⁴ Ainsi, le bénéficiaire de la promesse devient acquéreur et peut demander au promettant la remise du bien promis, c'est-à-dire l'exécution du contrat définitif. En cas de refus du promettant de remettre la chose, le bénéficiaire peut s'adresser à la justice et demander l'exécution forcée de l'obligation de délivrance découlant du contrat définitif (BONNEL, *art. précit.*, pp. 382-383).

³⁵ Ainsi, l'arrêt de la Cour suprême de Maurice *Lingel-Roy M. J. E. M. and Ors v. The State of Mauritius and Anor* 2017 SCJ 411 précise : “*It is appropriate to recall the practice that when it comes to the interpretation of a law borrowed from French law we stand guided for its interpretation by French doctrine and case law. One can quote in that respect the following passage from L'Etendry v The Queen [1953 MR 15]: “the normal rule of construction laid down time and again by this court (...) is to the effect that when our law is borrowed from French law we should resort for guidance as to its interpretation to French doctrine and case law.”* (souligné par l'auteur)

³⁶ Comp. avec : L. TRANCHANT – V. EGEEA, *op. cit.* p. 33.

³⁷ Ainsi, dans un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 6 septembre 2011 on peut lire qu'« *attendu qu'ayant relevé que la date d'expiration du délai de levée de l'option ouverte à la société Edifides par la promesse unilatérale de vente à elle consentie par les consorts X était fixée au 15 septembre 2006 et que la dénonciation, par ces derniers, de leur*

unilatérale de contrat est un *contrat*, un accord de volonté, ce qui empêche de s'y soustraire arbitrairement, par une simple révocation unilatérale³⁸. Toutefois, la troisième chambre civile de la Cour de cassation française a opéré un revirement spectaculaire en rendant la promesse unilatérale de contrat *révocable*, dans un arrêt du 15 décembre 1993³⁹. En l'occurrence, la promesse de vente a été révoquée pendant le délai accordé au bénéficiaire pour lever l'option (1^{er} septembre 1987). Celui-ci l'a finalement levée (10 juin 1987), avant l'expiration du délai qui lui a été accordé, mais après la révocation de la promesse (26 mai). Les juges de la Cour de cassation ont validé la révocation, en dépit du fait que l'option a été levée dans le délai prévu pour ça. Le bénéficiaire de la promesse a dû se contenter d'une allocation de dommages et intérêts, étant donné que « l'obligation de la promettante ne constituait qu'une *obligation de faire* et que la levée de l'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir »⁴⁰. Une réitération récente de la jurisprudence du 15 décembre 1993 a eu lieu dans un arrêt de la troisième chambre de la Cour de cassation du 6 décembre 2018⁴¹. Le courant jurisprudentiel décrit plus haut repose sur l'existence d'une obligation de faire du promettant, celle de maintenir la promesse unilatérale de contracter⁴².

Cette analyse peut fortement étonner, car elle permet, sous prétexte d'exécution forcée impossible d'une obligation de faire, de défaire unilatéralement un contrat, à savoir une promesse unilatérale de contrat. Pourtant, et

engagement datait du 16 janvier 2006, la cour d'appel en a exactement déduit que la société Edifides était fondée à faire valoir que la levée de l'option devait produire son plein effet » (Cass. 3^{ème}, 6 sept. 2011, n° de pourvoi : 10-20.362, note L. PERDRIX, J.C.P. G. n° 48/2011, 1316).

³⁸ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, pp. 284-285, par. n° 257. En même sens : Cass. 3^{ème}, 6 sept. 2011, n° de pourvoi : 10-20.362, *note précit.*, partie 2 ; T. PACLOT – E. MOREAU, « L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente. Comme un coup de tonnerre dans le ciel des obligations », *J.C.P. G. n° 25/2011*, doct. 736, nn° 13 et 14. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris, les juges avaient estimé que dès lors qu'une promesse de vente était assortie d'un délai, le promettant ne pouvait la rétracter avant l'expiration de ce délai. Peu importe le fait que le bénéficiaire ait exercé ou non son droit d'option (*J.C.P. N.*, 1980, II, p. 168 ; CA Paris, 3^{ème}, 22 juin 1950, *J.C.P. 1950*, n° 5918).

³⁹ Cass. 3^{ème}, 15 déc. 1993, *Bull. civ. III*, n° 174.

⁴⁰ La position de la Cour de Cassation a été confirmée dans un arrêt de sa troisième chambre civile du 27 mars 2008 et dans un arrêt de la même chambre du 25 mars 2009. Dans ce dernier arrêt, les juges ont considéré que le promettant, qui révoque sa promesse, devait notifier la révocation au bénéficiaire, avant que ce dernier ne lève son option. Sur une nouvelle confirmation de cette jurisprudence en 2011 (Cass. 3^{ème}, 11 mai 2011 ; Cass. com. 13 sept. 2011, n° de pourvoi : 10-19.526), voir S. FRANCOIS, « Promesse de vente et promesse d'embauche. Regards croisés sur le sort réservé aux promesses de contrat par la jurisprudence », *J.C.P. G. n° 17/2012*, doct. 529, n° 1 ; 3 s. et note J. HEYMANN, *J.C.P. G. n° 49/2011*, 1353.

⁴¹ M. MEKKI, « Promesse unilatérale de vente : dorénavant on fera comme d'habitude... », *Recueil Dalloz*, 2019, pp. 301 s.

⁴² M. MEKKI, *art. précit.*, pp. 301 s. Partie I.

conformément au droit commun, « une fois formé par l'accord des volontés, le contrat ne peut plus être modifié que par un nouvel accord »⁴³. Par conséquent, la position retenue en 1993 par la Cour de cassation heurte de front les règles fondamentales du droit des contrats⁴⁴, et ne mérite pas d'être reprise en droit civil mauricien⁴⁵. Il convient de pas oublier le fait important que le promettant a déjà donné son consentement au contrat définitif au jour de la conclusion du contrat de promesse et qu'il ne peut y revenir unilatéralement et arbitrairement⁴⁶. D'une part, le promettant est tenu par l'article 1134 du Code civil mauricien qui prévoit la force obligatoire de chaque contrat, y compris les promesses unilatérales de contrat. D'autre part, l'obligation de faire, telle que conçue par la Cour de cassation française n'a pas beaucoup de sens : il ne sert à rien d'obliger le promettant à maintenir sa promesse en vigueur, alors qu'il est déjà lié par la force obligatoire de sa promesse unilatérale de contrat.

À la différence des promesses unilatérales de contrat, dans certains cas, l'obligation de faire n'est pas une simple apparence dans la phase précontractuelle, sa présence y est avérée.

B. Une présence avérée

La présence de l'obligation de faire dans la négociation précontractuelle. La rupture abusive de la négociation précontractuelle⁴⁷ peut

⁴³ *Banque Internationale des Mascareignes vs The Mauritius Union Assurance Company Ltd* 2000 (SCJ 376).

⁴⁴ D. MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », *Mélanges Ghestin*, L. G. D. J., 2001, p. 652. Voir aussi J. MESTRE, « Obligations et contrats spéciaux », *RTD civ.*, 1994, p. 588.

⁴⁵ Auteurs approuvant la position de la Cour de cassation française : J. SCHMIDT-SZALEVSKI, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ.*, pp. 40-41; D. MAINGUY, « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD civ.*, 2004, pp. 1 et s.; M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 1996, p. 99. Voir aussi D. MAINGUY, « À propos de l'affaire de la rétractation de la promesse de contracter », *J.C.P. G.* n° 27/2012, doct. 808, n° 2 s.

⁴⁶ S. FRANCOIS, *art. précit.*, n° 6 ; note J. HEYMANN sous Cass. com. 13 sept. 2011, *J.C.P. G.* n° 49/ 2011, 1353, partie 2.

⁴⁷ Dans de nombreux cas la rupture des pourparlers est légitime et n'est pas abusive. Ainsi, par exemple, n'est pas considérée comme abusive la rupture des pourparlers pour la vente d'un terrain agricole, si le candidat à l'achat avec lequel la négociation est menée ne remplit pas les conditions prévues par la loi (la non-installation préalable de l'acquéreur sur une exploitation) (Cass. 3^{ème}, 20 sept. 2005, Bull. civ. 2005, II, n° 169). Il en va de même de la rupture des pourparlers si l'un des participants aux pourparlers constate que les capacités techniques de l'autre participant ne lui conviennent pas (ligne de production insuffisante et capacité de stockage limitée – Cass. com. 7 mars 2006, *in* M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 7), de la rupture des pourparlers en raison de l'absence de résultats commerciaux probants de l'autre partenaire à la négociation pour la conclusion d'un contrat de concession (CA Lyon, 26 mars 1999, *in* MIGNOT M., *Fasc. précit.*, n° 8), de la rupture des pourparlers consécutive à l'existence entre

prendre plusieurs formes différentes en droit mauricien. Ainsi, il y a rupture abusive *si une partie négocie tout en sachant qu'elle ne conclura pas le contrat*⁴⁸ ou *lorsqu'elle prolonge la négociation inutilement alors qu'elle n'a plus l'intention de conclure le contrat*⁴⁹. De plus, la rupture de la négociation contractuelle est abusive *si l'un des participants à la négociation crée chez l'autre une croyance légitime de la conclusion du contrat et la rompt ensuite de façon brutale*⁵⁰ et *sans motif légitime*⁵¹. Par exemple, il a rupture abusive de la négociation contractuelle susceptible d'engager la responsabilité de son auteur lorsque l'un des participants à la négociation rompt la négociation en n'attendant pas qu'une réponse à son offre, qu'il sait tout à fait probable, lui parvient ou encore lorsque l'un des participants à la négociation change d'avis une heure avant la signature du contrat définitif et refuse de le signer⁵². Il en va de même d'une rupture des pourparlers avancés en raison d'« *un excès de prudence* »⁵³. La preuve de l'intention de nuire n'est pas nécessaire pour caractériser la rupture abusive des pourparlers⁵⁴, mais, à dire vrai, l'intention de nuire constitue sans doute une forme de cette rupture abusive de la négociation. « Plus les pourparlers seront avancés, plus la responsabilité de la personne concernée sera retenue facilement »⁵⁵ car une confiance légitime se crée chez l'autre partenaire⁵⁶. En

les partenaires aux pourparlers des désaccords profonds sur des éléments essentiels de la négociation (Cass. com. 19 oct. 2010 *in* B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 55), de la rupture des pourparlers à cause d'une conjoncture économique défavorable, etc.

⁴⁸ M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 11 ; B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 55 ; J. GHESTIN, *art. précit.*, n° 25. Une telle démarche peut s'expliquer par le désir d'un participant à la négociation d'empêcher l'autre de contracter avec un concurrent ou par la volonté de celui-ci d'obtenir de celui-ci des informations qui pourraient lui servir par la suite.

⁴⁹ M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 11 ; B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 55 ; J. GHESTIN, *art. précit.*, n° 25 ; G. VINEY, « Responsabilité civile », *J.C.P. G.*, n° 39/2004, I, 163, n° 28.

⁵⁰ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 55 ; Cass. 3^{ème}, 7 janv. 2009, *Loyers et Copropriété*, n° 4/2009, comm. 91 – E. CHAVANCE ; Cass. com. 20 nov. 2007, *Contrats, Concurrence, Consommation*, n° 1/2008, comm. 6 – N. MATHEY ; Cass. com. 8 nov. 2005, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1/2006, 7, comm. T. SAMIN ; CA Paris 10 mars 2000, *J.C.P., Entreprises et Affaires*, n° 10/2001, comm F. VIOLET.

⁵¹ CA Paris 11 mai 2012, *Communication, Commerce électronique*, nn° 7-8/2012, comm. 77 – G. LOISEAU ; Cass. 3^{ème}, 7 janv. 2009, *Loyers et Copropriété*, n° 4/2009, comm. 91 – E. CHAVANCE ; CA Paris 10 mars 2000, *J.C.P., Entreprises et Affaires*, n° 10/2001, comm. F. VIOLET.

⁵² M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 12.

⁵³ Cass. com. 11 juillet 2000, *Contrats, Concurrence, Consommation*, n° 12/2000, comm. 174 – L. LEVENEUR.

⁵⁴ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 55 ; Cass. com. 11 juillet 2000, *Contrats, Concurrence, Consommation*, n° 12/2000, comm. 174 – L. LEVENEUR

⁵⁵ J. GHESTIN, *art. précit.*, n° 29.

⁵⁶ Cass. com. 26 nov. 2003, *La Semaine juridique Entreprise et affaires*, n° 20/2004, 738, comm. P. STOFFEL-MUNCK ; Cass. com. 8 nov. 2005, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1/2006, 7, comm. T. SAMIN.

revanche, la rupture est considérée comme justifiée lorsqu'il n'y a qu'une amorce de pourparlers : en effet, aucune confiance légitime n'a pu se développer en raison de la brièveté de la négociation⁵⁷. Dans l'affaire *Novalis Interservices Ltd. vs The Attorney General* 2007 SCJ 236, la Cour suprême de Maurice constate que la rupture des pourparlers n'était pas abusive et reposait sur des motifs légitimes, en dépit du fait que la négociation précontractuelle avait duré un certain temps. Les travaux prévus dans la lettre d'attribution auraient dû commencer en janvier 1997 et le contrat aurait dû être signé en octobre 1996. Or, le fournisseur de services n'a pas signé le contrat le 25 août 1997, en dépit de plusieurs appels lancés par le *Registrar General* de signer le contrat. Il n'était pas non plus en mesure de commencer les travaux avant novembre 1997, ce qui justifiait la rupture des pourparlers. De même dans l'affaire *OCRA (Mauritius) Limited vs Kartel Solutions Limited* 2014 SCJ 413, la Cour considérait que le locataire avait des raisons légitimes pour arrêter la négociation à propos du nouveau contrat de bail.

Les solutions présentées plus haut révèlent l'existence d'une obligation de faire dans la phase précontractuelle, celle de négocier de bonne foi. L'existence de cette obligation a été soulignée dans l'arrêt de la Cour suprême de Maurice *Nouvelles Technologies et Systèmes Ltée & Ors vs Airports of Mauritius* 2014 SCJ 111. Même si elle n'est pas explicitement mentionnée à l'article 1134 du Code civil mauricien, elle repose sur le principe général de bonne foi, énoncé aux articles 16 et 17 du Code civil mauricien. Ainsi, sur chaque partie à la négociation contractuelle pèse d'abord une obligation de moyens, celle de négocier avec du sérieux, c'est-à-dire avec l'intention de conclure le contrat, même si, à dire vrai, la conclusion du contrat définitif n'est jamais certaine⁵⁸. Lorsqu'une partie mène la négociation dans le but de nuire à l'autre partie ou dans le but de collecter des informations intéressantes, sans avoir l'intention de conclure le contrat, elle viole l'obligation de faire et de moyens mentionnée plus haut. Par ailleurs, l'obligation de faire, d'agir de bonne foi, présente au cours de la négociation précontractuelle implique aussi à ne pas interrompre brutalement les pourparlers, et sans motifs légitimes⁵⁹.

La présence de l'obligation de faire dans les promesses synallagmatiques de contrat. L'article 1589 du Code civil mauricien dispose que la promesse synallagmatique de vente vaut vente⁶⁰, lorsque les parties se sont

⁵⁷ CA Paris 10 mars 2000, *J.C.P., Entreprises et Affaires*, n° 10/2001, comm. F. VIOLET.

⁵⁸ L'absence de l'intention mentionnée plus haut doit être prouvée par la personne invoquant la rupture abusive des pourparlers : D. HOUTCIEFF, « La charge de la preuve de la rupture abusive des pourparlers », *Gazette du Palais*, n° 1/2021, p. 26.

⁵⁹ Cass. com. 26 nov. 2003, note D. MAZEAUD, *Revue des contrats*, n° 2/2004, p. 257.

⁶⁰ L'article 1589 du Code civil mauricien s'applique par analogie au contrat de bail : « *La promesse de bail vaut bail lorsqu'il y a accord sur la chose et le prix [...]* » (Cass. 3^{ème}, 28 mai 1997, Bull. civ, III, n° 116, pp. 77-78).

mises d'accord sur le prix et sur la chose⁶¹. En effet, il arrive souvent que les parties à une promesse synallagmatique de vente sous seing privé se mettent d'accord de passer ultérieurement le contrat de vente dans une forme authentique. L'accomplissement de cette forme est *a priori* considéré comme un terme suspensif, susceptible de retarder le transfert de propriété et non la conclusion du contrat. En cas d'inobservation de la forme stipulée, la décision de justice peut intervenir et tenir lieu de la forme faisant défaut⁶². Cette solution est désormais le droit positif bien établi à Maurice, comme en témoignent les arrêts *Soobramanien N. vs Jogoo K. ORS 2007 SCJ 3663*, *Bholah F. L. vs Beenessreesingh D. & Anor 2013 SCJ 199*⁶⁴ et *Narayadu C. & Anor vs Ramkhelawon S. 2013 SCJ 462*⁶⁵.

⁶¹ Plus généralement, « les promesses synallagmatiques portant sur des contrats consensuels semblent se confondre avec ceux-ci : dès lors que les deux parties à la promesse sont l'une et l'autre liées par une obligation de conclure le contrat, celui-ci paraît définitivement conclu » (M. STORCK, « Contrats et obligations. – Promesse synallagmatique de contrat », Fasc. 30, *Jurisclasseur Code civil*, 1^{er} app. art. 1134 et 1135, n° 3). Voir aussi : F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1988, p. 62 ; « Mais attendu que [...] il y avait accord des parties sur la chose et sur le prix la cour d'appel en a déduit à bon droit, que la promesse présentait un caractère synallagmatique [...] et qu'elle valait vente » (Cass. 3^{ème}, 11 juin 1992, Bull. civ. III, n° 206, pp. 125-126).

⁶² F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, pp. 288 s., n° 259 s.

⁶³ Un couple d'époux, futurs vendeurs, et une dame, futur acheteur, ont passé un contrat sous seing privé. Ce contrat portait sur la vente d'un terrain situé à Quatre Cocos et le prix stipulé était de 300 000 roupies. La dame, futur acheteur, a versé un dépôt de 75 000 (25 % du prix). Les époux, futurs vendeurs, ont par la suite refusé d'encaisser le paiement du reste du prix et ne voulaient pas paraître devant un notaire afin de réitérer le contrat dans la forme authentique. La Cour suprême a qualifié le contrat conclu sous seing privé de promesse synallagmatique de vente. La question s'est posée par la suite de savoir si la forme authentique à laquelle il fallait recourir était un élément subjectif de validité du contrat, auquel cas la promesse de vente ne vaut pas vente, ou une simple modalité du contrat, auquel cas la promesse de vente vaut vente. Pour répondre à cette question, la Cour suprême rappelle l'état actuel de la jurisprudence française : depuis 1936, la jurisprudence française considère qu'en cas de doute la forme authentique n'est pas une condition additionnelle de validité du contrat, mais une simple modalité. D'après les circonstances de la présente affaire, la Cour suprême pense que la forme authentique n'a été qu'une modalité du contrat retardant le transfert de propriété et le paiement du prix.

⁶⁴ La Cour suprême rappelle ensuite la règle classique, introduite dans la jurisprudence française en 1936, que l'accomplissement d'une forme authentique prévue dans la promesse synallagmatique de vente sous seing privé représente un élément essentiel du contrat de vente si les parties l'ont prévu explicitement. Dans le cas contraire, la promesse synallagmatique de vente vaut vente, c'est-à-dire le contrat définitif. Dans la présente affaire, la promesse synallagmatique de vente ne prévoyait pas que l'accomplissement de la forme authentique serait la condition essentielle de la vente. Cette formalité n'était qu'une modalité suspendant le transfert de propriété et le paiement du prix jusqu'à la signature de l'acte authentique.

⁶⁵ Un couple avait conclu avec un individu une promesse de vente dans un acte sous seing privé. La promesse de vente concernait un terrain et une maison pour le prix de 650 000 roupies. L'acheteur a payé 120 000 roupies et le reste du prix aurait dû être payé 4 mois après la signature de l'acte authentique. Cependant, le paiement n'est jamais intervenu. La Cour suprême rappelle dans cette affaire qu'une promesse synallagmatique de vente peut ne pas transmettre

Néanmoins, il peut arriver que les parties à la promesse synallagmatique de vente stipulent explicitement que la réalisation de la vente en la forme notariale n'est pas une simple modalité qui retarde le transfert de propriété, mais une condition de sa validité. Que la réalisation de la forme notariale soit une condition de validité de la vente définitive ou non, l'obligation des parties à une promesse synallagmatique de vente, conclue sous seing privé, à paraître devant un notaire et à conclure le contrat de vente dans cette forme authentique est une obligation de faire. Cette obligation de faire est une obligation de résultat et comme nous avons déjà vu, elle peut prendre deux formes différentes. Il peut tout d'abord s'agir de l'obligation de signer le contrat devant un notaire dont l'exécution signifie l'arrivée d'un terme, et d'un autre côté, il peut s'agir de l'obligation de signer l'acte authentique dont l'exécution signifie la conclusion du contrat définitif.

La présence de l'obligation de faire dans les pactes de préférence. Le pacte de préférence est un avant-contrat qui oblige l'un des contractants, *le promettant*, à offrir en priorité la conclusion du contrat envisagé à l'autre partie, *le bénéficiaire du pacte*⁶⁶, et ce, aux mêmes conditions que celles qu'il allait proposer à un tiers⁶⁷. En effet, « le promettant engage sa responsabilité s'il cherche à rendre illusoire le droit de préférence du bénéficiaire en proposant de conclure le contrat à des conditions manifestement inacceptables »⁶⁸. Le pacte de préférence est conclu *pour le cas où le promettant déciderait à l'avenir de conclure le contrat de vente portant sur un bien déterminé*⁶⁹. En d'autres termes, le promettant ne s'oblige pas immédiatement à vendre au bénéficiaire, à la différence d'une promesse unilatérale de contrat, mais pour le cas où il déciderait

immédiatement la propriété à l'acquéreur et qu'il appartient au juge d'apprécier souverainement si une promesse synallagmatique de vente est subordonnée à une condition suspensive et si cette condition s'est réalisée. En l'occurrence, il a été stipulé dans la promesse synallagmatique de vente que la propriété passera à l'acquéreur après la signature de l'acte authentique et après le paiement du reste du prix. Comme le reste du prix n'a pas été payé, la propriété n'a pas été transférée à l'acheteur car la condition ne s'est pas réalisée.

⁶⁶ M. MIGNOT, « Vente. – Nature et forme. – Pacte de préférence », Fasc. 30, *Jurisclasseur, Code civil*, art. 1589, mars 2014, n° 1.

⁶⁷ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 291, n° 260. Il convient de remarquer que le promettant doit faire au bénéficiaire une offre de conclure le contrat à des conditions raisonnables (M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 48).

⁶⁸ M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 48. Par exemple, si l'auteur, qui s'est engagé en tant que promettant d'un pacte de préférence conclu avec un éditeur, propose à la publication deux manuscrits écrits « vite fait » et portant sur des sujets insusceptibles d'intéresser l'éditeur et de mener vers une publication, il agit de mauvaise foi (dans le seul but de se libérer du pacte de préférence) et engage sa responsabilité (CA Paris, 22 janv. 1992, *D.* 1993, somm. p. 93, C. COLOMBET).

⁶⁹ Sur les difficultés dans la détermination du bien faisant l'objet du pacte de préférence, voir notamment Cass. 3^{ème}, 9 avr. 2014, n° 13-13.949, note G. Virassamy, « Droit des contrats – Chronique sous la direction de Jacques Ghestin », *J.C.P.* G. n° 24/2014, doct. 699, n° 4 (le pacte de préférence reposait sur un local commercial et pas sur l'immeuble tout entier dans lequel est situé ce local).

de contracter, ce qui est incertain au moment de la conclusion du pacte⁷⁰. Dans le cas où le promettant prendrait la décision de vendre le bien, il serait obligé de proposer en priorité la conclusion du contrat au bénéficiaire⁷¹. Il s'agit donc d'une obligation de faire dont les contours sont faciles à saisir⁷².

La présence de l'obligation de faire dans l'offre pour la conclusion du contrat. En droit civil mauricien, l'offre peut être définie comme une déclaration unilatérale de volonté, c'est-à-dire une proposition de conclure le contrat⁷³. Il s'agit, tout d'abord, d'une proposition précise de contracter, la précision⁷⁴ désignant la nécessité que l'offre contienne au moins *les éléments essentiels du contrat*⁷⁵ ou plus précisément *les éléments essentiels à la formation du contrat*⁷⁶. Ainsi, l'article 1583 du Code civil mauricien dispose que les éléments essentiels

⁷⁰ M. STORCK, « Contrats et obligations. – Promesse unilatérale de contrat », Fasc. 20, *Jurisclasseur Code civil*, 1er app. art. 1134 et 1135, avril 2015, n° 11.

⁷¹ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 291, n° 260 ; L. TRANCHANT – V. EGEEA, *op. cit.* p. 32.

⁷² S. TISSEYRE, « Plus d'efficacité pour les pactes de préférence », *Recueil Dalloz*, 2019, pp. 294 s. Partie I, sous-partie A.

⁷³ PETIT B., ROUXEL S., *Fasc. précit.*, n° 17 ; TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *op. cit.*, p. 197, par. n° 164.

⁷⁴ Y. BUFFELAN-LANORE – V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 16^{ème} éd. 2018, p. 340 ; n° 1046 ; F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, pp. 198-199, n° 166.

⁷⁵ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 18.

⁷⁶ Consciente de ce fait, la Cour de cassation « *censure une décision qui avait exigé d'une offre de bail, pour qu'elle conduise au contrat par son acceptation, qu'elle comporte l'ensemble des éléments essentiels à la convention et, à ce titre, les précisions nécessaires en ce qui concerne la chose en faisant l'objet, le prix et sa date d'effet. Pour les juges de cassation, la cour d'appel avait, en exigeant ainsi l'indication de la date de la prise d'effet du bail, ajouté une condition à la loi. L'arrêt est rigoureux : le bail consistant dans la mise à disposition d'un bien en contrepartie d'un loyer, il n'a structurellement besoin, pour sa constitution en vue de son exécution, que de la détermination de la chose et du prix. S'il comprend certes un élément de durée – la jouissance devant s'exercer 'pendant un certain temps' selon les termes de l'article 1709 du Code civil – cet élément n'implique pas, pour la perfection de l'acte lors de sa formation, que soit fixée la date de la prise de jouissance du bien loué. Aussi, à moins que les parties n'en aient fait un élément déterminant de leur accord, le contrat doit être réputé formé dès l'instant où l'acceptation rejoint l'offre sur les seuls éléments essentiels à la réalisation de son objet* » (Cass. 3^{ème}, 28 oct. 2009, n° 08-20.224, note G. LOISEAU, « Droit des contrats, sous la direction de Jacques Ghestin », *J.C.P. G.* n° 51, 14 Décembre 2009, 574). Un autre exemple, il peut arriver que l'offre pour la conclusion d'un contrat d'entreprise n'indique pas le prix. Le prix est, sans doute, un élément essentiel du contrat d'entreprise, mais l'offre mentionnée plus haut sera valable. « *La jurisprudence décide en effet qu'un 'accord préalable sur le montant exact de la rémunération due, à l'occasion d'un contrat de louage d'ouvrage, n'est pas un élément essentiel à la validité d'un contrat de cette nature' et qu' 'il appartient donc aux juges de fixer le prix en tenant compte des éléments de la cause et notamment de la qualité du travail fourni' . La solution vaut pour tous les contrats d'entreprise* » (F. COLLART DUTILLEUL – P. DELEBECQUE, *op. cit.*, pp. 656-657, n° 734).

du contrat de vente sont la chose et le prix. Toute proposition prétendant être qualifiée d'offre pour la conclusion d'un contrat de vente, en droit mauricien, doit contenir la précision de la chose vendue ainsi que l'indication du prix. De plus, une offre pour la conclusion du contrat de bail doit préciser la chose louée et indiquer le loyer. A ce propos l'arrêt de la Cour suprême de Maurice *Société internationale de transactions vs Société internationale d'exportation agro-alimentaire Ltée* de 2003 est un arrêt phare⁷⁷. L'offre pour la conclusion du contrat doit être ferme. La fermeté de l'offre désigne l'intention de contracter, c'est à dire *l'animus contrahendi*, que toute offre doit exprimer⁷⁸. En principe, une proposition contenant tous les éléments essentiels du contrat proposé – la chose et le prix dans un contrat de vente, par exemple - est qualifiée d'offre. Cependant, il se peut que même une telle proposition ne soit pas considérée comme une offre, faute d'intention de contracter chez son auteur⁷⁹. Finalement, pour ce qui est de la forme de l'offre pour la conclusion du contrat, elle n'obéit à aucune règle particulière. En d'autres termes, « *l'extériorisation de l'offre [...] n'est en principe soumise, quant à la forme, à aucune exigence particulière* »⁸⁰. En droit civil mauricien, on distingue traditionnellement les offres *expresses* et les offres *tacites*⁸¹.

⁷⁷ SCJ 105. Dans un fax du 23 novembre 1993, le défendeur au procès a manifesté son intérêt pour l'achat d'un certain nombre de pots de verre vides. Il s'est adressé au demandeur au procès et lui a demandé le prix de ces pots. Par la suite, le demandeur a envoyé au défendeur le 23 décembre 1993 une lettre dans laquelle il lui a proposé le prix de 140 000 francs pour les pots de verre en question. Le défendeur n'a jamais répondu à cette proposition. Selon la Cour suprême de Maurice le contrat de vente n'a pas été conclu. Le fax du 23 novembre 1993 n'est pas une offre d'achat (Obs. de l'auteur - Un élément essentiel, à savoir le prix, n'y figurait pas). De plus, le silence du destinataire de l'offre formulée par le fax du 23 décembre 1993 (Obs. de l'auteur – C'est le fax qui indiquait le prix proposé pour les pots de verre vides) ne vaut pas acceptation.

“After considering the submissions of Counsel on both sides, I find that the plaintiff has failed to establish on a balance of probabilities the alleged sale, my conclusion being based on the following considerations:

(1) The contents of the defendant's fax dated 23 November 1993 cannot be considered to amount to an unconditional “offre d'achat” as contended by Counsel for the plaintiff: the wording of that fax conveyed the defendant's interest in purchasing the jars but in no way indicated that it would be buying them at whatever price the plaintiff might quote.

(2) The defendant's failure to respond to the quotation of the plaintiff despite the reminders, however discourteous it might have been, could not lead to a reasonable inference that the defendant had agreed to the price quoted, especially as there has been unrebutted evidence by the defendant's representative that there was a deliberate decision to discard the plaintiff's quotation because the price quoted was too high and a better quotation had been received from an Austrian company.”

⁷⁸ « *Une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* » (Cass. com. 6 mars 1990 in B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 17).

⁷⁹ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 199, n° 167.

⁸⁰ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 26.

⁸¹ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 26.

En droit positif mauricien l'offre est, en principe, librement révocable. Toutefois, il y a des exceptions à cette règle. La révocabilité de l'offre signifie que l'offrant est libre de la révoquer, c'est à dire de l'annuler à tout moment, tant qu'elle n'a pas été acceptée⁸², sans subir une éventuelle responsabilité délictuelle. La révocation peut être expresse (paroles ou écrits) ou tacite (une deuxième offre de même contenu, faite à un tiers, et acceptée par ce tiers). Il est important de souligner à nouveau le fait qu'en révoquant une offre révocable, *l'offrant ne risque pas de voir sa responsabilité civile engagée*. La libre révocabilité de l'offre est d'une inspiration libérale. Selon un courant de pensées, chacun doit rester libre⁸³ de saisir une meilleure affaire, d'annuler une offre qui ne lui convient plus et d'en formuler une autre. Le problème principal qui en résulte consiste dans des frais, souvent importants, engagés par le destinataire de l'offre, à la suite de l'offre qui lui avait été préalablement adressée (frais de déplacement, d'étude, etc.)⁸⁴. Par conséquent, en cas de révocation de l'offre, le destinataire sera exposé à une perte financière conséquente. C'est pourquoi il est impératif que l'offre soit parfois irrévocable en droit mauricien.

Une offre irrévocable doit être maintenue en vigueur par l'offrant pendant un laps de temps. Il existe donc une véritable obligation de faire qu'assume l'offrant face au destinataire de l'offre. Si l'offrant ne satisfait pas à cette obligation et ne maintient pas l'offre en vigueur pendant ce laps de temps, il risque d'être condamné au versement de dommages et intérêts au destinataire de l'offre⁸⁵, dans le cas où celui-ci prouverait l'existence d'un préjudice. Le maintien de l'offre pendant une période devient alors une véritable *obligation juridique*, une obligation de faire. La jurisprudence française, dont s'inspirent souvent nos juridictions à titre de *persuasive authority*, considère qu'une offre devient fixe, c'est à dire irrévocable, dans le cas où le pollicitant l'assortirait d'un délai. Ainsi, ce délai, visant surtout à préciser le temps de validité de l'offre (le temps pendant lequel elle peut être acceptée)⁸⁶, rend l'offre irrévocable⁸⁷. De plus, la Haute juridiction civile française considère que l'irrévocabilité de l'offre peut résulter

⁸² Pour un bel exemple jurisprudentiel : Cass. 3^{ème}, 17 sept. 2014, n° 13-21.824, comm. L. LEVENEUR, *Contrats Concurrence Consommation* n° 12/2014, comm. 265 – B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 29 – Comp. avec : F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 210, par. n° 178.

⁸³ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 205, par. n° 174.

⁸⁴ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 206, par. n° 174.

⁸⁵ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 207, par. n° 174.

⁸⁶ En revanche, si le délai de validité de l'offre n'y est pas précisé, l'offre est valable et peut être acceptée *dans un délai raisonnable*. La Cour de cassation a émis des doutes sur le caractère raisonnable d'un délai de 5 ans (Cass. 3^{ème}, 20 mai 2009, n° 08-13.230, comm. L. LEVENEUR, *Contrats Concurrence Consommation* n° 8-09/2009, comm. 214).

⁸⁷ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 24.

d'un usage ou des circonstances de l'espèce, ce qui était arrivé dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de Cassation française du 17 décembre 1958⁸⁸.

Après avoir constaté l'existence, soit apparente, soit avérée de l'obligation de faire dans la phase qui précède la conclusion du contrat, il est possible d'observer que celle-ci ne se solde pas toujours pas une exécution forcée. Tout dépendra de l'existence, dès la phase précontractuelle, du consentement à la conclusion du contrat définitif, notamment du contrat de vente.

II. Lien indissoluble entre la sanction de l'obligation de faire et le consentement au contrat définitif

On considère que l'exécution en nature de l'obligation de faire doit occuper la place de la règle⁸⁹, en raison des articles 1184 alinéa 2⁹⁰ et 1134 du Code civil mauricien, et que l'application littérale de l'article 1142 du Code qui consiste à allouer les dommages et intérêts à la victime de l'inexécution d'une obligation de faire reste exceptionnelle⁹¹. L'exécution forcée de l'obligation de faire aura lieu à chaque fois qu'elle est possible. Cette affirmation se confirme à propos de l'obligation de faire dans la phase précontractuelle. La sanction appliquée à l'inexécution de l'obligation de faire dépendra directement de l'existence (B) ou de l'inexistence (A), pendant la phase précontractuelle, du consentement au contrat définitif projeté, et notamment au contrat de vente.

A. Les dommages et intérêts dictés par l'absence du consentement au contrat définitif

Les dommages et intérêts en cas de négociation menée de mauvaise foi.
La sanction de la rupture abusive des pourparlers consiste en la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle de son auteur⁹². Le préjudice causé à la victime de la rupture abusive des pourparlers représente l'intérêt négatif visant à replacer la victime de la rupture dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat n'avait

⁸⁸ Cass. 1^{ère}, 17 déc. 1958, D. 1959, p. 33 ; Comp. avec F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, pp. 206-207, n° 174

⁸⁹ Cass. 3^{ème} 11 mai 2005, obs. D. MAZEAUD, *Revue des contrats*, n° 2/2006, p. 323.

⁹⁰ « *La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible* ».

⁹¹ « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. [...] Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

⁹² L. TRANCHANT – V. EGEEA, *op. cit.* p. 31 ; M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 20 ; B. B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 56 ; J. GHESTIN, *art. précit.*, n° 3 ; Cass. 3^{ème}, 7 janv. 2009, *Loyers et Copropriété*, n° 4/2009, comm. 91 – E. CHAVANCE ; Cass. 3^{ème}, 28 juin 2006, *J.C.P., Entreprises et Affaires*, n° 51/2006, 2829, comm. L. L. LEVENEUR.

pas été négocié avec la partie à l'origine de celle-ci⁹³. Sont ainsi qualifiés de préjudice réparable les frais engagés pour la négociation (frais d'étude, frais de voyage), les frais d'avocat et les frais de transport, les sommes payés à des sous-traitants engagés en raison de la négociation, le préjudice moral (atteinte à la réputation commerciale) etc.⁹⁴.

La perte de la chance de conclure le contrat faisant l'objet de la négociation n'est pas le préjudice réparable⁹⁵. « *En effet, si la rupture n'est jamais fautive par elle-même, il est illogique de réparer ses conséquences parmi lesquelles figure au premier rang la perte des gains du contrat* » ; seules les conséquences dommageables d'une faute commise à l'occasion de la négociation contractuelle méritent d'être réparées⁹⁶. En revanche, la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers est un préjudice réparable. Il en va ainsi, par exemple, de la perte de la chance d'obtenir le financement recherché auprès d'une autre banque⁹⁷.

La violation de l'obligation de faire, celle de mener la négociation de bonne foi, est sanctionnée, nous l'avons vu dans les développements qui précèdent, par une allocation de dommages et intérêts à la victime de cette rupture. Cette sanction paraît tout à fait appropriée pour le droit civil mauricien, pour deux raisons. D'une part, aucun participant à la négociation n'a exprimé son consentement définitif à la conclusion du contrat faisant l'objet de la négociation. Personne ne peut être forcé de consentir au contrat, car ça serait contraire à sa liberté individuelle ainsi qu'à la définition du contrat. Toutefois, la rupture abusive des pourparlers constitue une faute délictuelle qui doit être sanctionnée. D'autre part, les éléments essentiels du contrat, qui sont une *condicio sine qua non* de son existence, ne sont toujours pas élaborés par les parties.

Les dommages et intérêts en cas d'inexécution d'une promesse de vente autonome. Dans certaines situations, la promesse synallagmatique de vente ne vaut pas vente définitive, et on peut parler des promesses synallagmatiques de

⁹³ M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 21.

⁹⁴ M. MIGNOT M., *Fasc. précit.*, n° 21 ; Cass. 3^{ème} 28 juin 2006, *J.C.P., Entreprises et Affaires*, n° 51/2006, 2829, comm. L. LEVENEUR.

⁹⁵ Cass. com. 26 nov. 2003, *J.C.P., Entreprise et affaires*, n° 20/2004, 738, comm. P. STOFFEL-MUNCK ; Cass. com. 26 nov. 2003, in M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 21 ; B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.* n° 56 ; Cass. 3^{ème}, 7 janv. 2009, *Loyers et Copropriété*, n° 4/2009, comm. 91 – E. CHAVANCE ; Cass. com. 20 nov. 2007, *Contrats, Concurrence, Consommation*, n° 1/2008, comm. 6 – MATHEY ; Cass. 3^{ème}, 28 juin 2006, *J.C.P., Entreprises et Affaires*, n° 51/2006, 2829, comm. L. LEVENEUR.

⁹⁶ G. VINEY, « Responsabilité civile », *J.C.P. G.*, n° 39/2004, I, 163, n° 30 – Comp. avec G. LOISEAU in J. GHESTIN et autres, « Droit des contrats », *J.C.P. G.*, n° 43/2012, doct. 1151 n° 6 pour lequel « *les gains espérés de l'acte constituent un préjudice hypothétique ou du moins éventuel* ».

⁹⁷ Cass. com. 8 nov. 2005, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1/2006, 7, comm. T. SAMIN.

vente autonome⁹⁸. Une telle promesse synallagmatique de vente est un contrat où deux personnes s'engagent l'une envers l'autre à passer plus tard la vente définitive, et fixent d'ores et déjà les éléments objectivement essentiels de la vente. Néanmoins, les parties à la promesse s'engagent à passer plus tard la vente définitive, *sans donner au jour de la conclusion de la promesse leur consentement définitif au contrat projeté*⁹⁹. Ainsi, les promesses synallagmatiques de vente permettent aux parties de s'obliger contractuellement, avant que la forme *ad solemnitatem* (la forme notariale notamment) ne soit accomplie. En cas de non-conclusion de la vente définitive dans la forme prescrite par la loi¹⁰⁰ ou stipulée dans la promesse, le contractant fautif, celui qui refuse de se rendre devant le notaire, engagera sa responsabilité civile. Dans cette hypothèse-là, le jugement ne saurait tenir lieu de la vente définitive¹⁰¹, parce qu'il n'est pas possible d'exécuter de façon forcée l'obligation de faire du promettant, qui consiste à consentir à la vente définitive.

En général, l'exécution forcée d'une obligation de faire est concevable¹⁰² et cela en dépit de la lettre de l'article 1142 du Code civil mauricien¹⁰³. Les articles

⁹⁸ Sur les arguments hostiles à cette autonomie : BOYER, Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant-contrats, *RTD civ.* 1949, p. 11 – Sur les arguments favorables à l'autonomie des promesses synallagmatiques de contracter : F. COLLART-DUTILLEUL, *op. cit.*, pp. 62-65; 73-74; 80-81; BOYER, *art. précit.*, pp. 14 et s.

⁹⁹ Cette finesse des promesses synallagmatiques de contrat fut magnifiquement mise en avant par BOYER : « [L]es promesses de vente ont une double fonction : d'une part, *différer la formation du contrat définitif* ; donner, d'autre part, *aux parties la certitude de sa réalisation*. » (BOYER, *art. précit.*, p. 21). Voir aussi M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 13.

¹⁰⁰ On considère généralement qu'un accord de volonté sur la chose à prêter est une promesse synallagmatique précédant le contrat de prêt, qui, lui, est un contrat réel en droit mauricien. Dans cette promesse, les parties s'obligent à conclure plus tard le contrat de prêt sans donner au jour de la promesse leur consentement au contrat définitif. Ce consentement sera donné le jour de la conclusion du contrat de prêt, c'est-à-dire lors de la remise de la chose prêtée ou des choses prêtées. Ainsi, un auteur a pu écrire : « C'est inévitablement encore la question de la nature et de l'objet de l'obligation née de la promesse de contrat réel qui revient : obligation de faire (remettre la chose), ou de donner (transférer la propriété), ou bien encore selon nos suggestions, obligation de donner son consentement au contrat définitif, l'exécution de cette obligation se réalisant intégralement à travers la remise » (M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *RTD civ.* 1985, p. 39).

¹⁰¹ Ainsi, dans un arrêt de la Cour de cassation française du 2 avril 1979 les juges énoncent : « [...] *Mais attendu que l'arrêt relève que l'acte sous seing privé du 15 janvier 1975 a réservé le transfert de propriété à l'acquéreur, au jour de la signature de l'acte authentique; que cet acte, n'ayant pas été dressé, le transfert de propriété n'a pas eu lieu [...]; que la Cour d'appel retient, justement, que les frères M... n'étaient tenus jusqu'à la signature de l'acte notarié que d'une obligation de faire qui ne pouvait engendrer au profit des époux B... qu'une créance mobilière sous forme de dommages-intérêts* » (Cass. 3^{ème}, 2. avril 1979, Bull. civ. III, n° 84, pp. 63-64).

¹⁰² BOYER, *op. cit.*, pp. 18-19; 32-34.

¹⁰³ R.-N. SCHUTZ, « L'exécution des promesses de vente » *Defrénois*, 1999, pp. 847-848.

1184 alinéa 2 et 1134 du Code civil mauricien permettent de justifier l'exécution forcée des obligations de faire. Néanmoins, l'exécution forcée d'une obligation de faire, issue de la promesse synallagmatique de vente, qui consisterait à consentir au contrat définitif, n'est pas envisageable, parce qu'elle porterait une atteinte intolérable à la liberté individuelle du promettant. On ne peut forcer personne à consentir au statut de la partie au contrat.

Lorsqu'au moins l'une des parties a consenti au contrat définitif, l'exécution forcée de l'obligation de faire devient envisageable, car aucune atteinte à la liberté contractuelle n'est portée.

B. Les sanctions rendues possibles par l'existence du consentement au contrat définitif

Le jugement tenant lieu du contrat en la forme authentique : le cas de promesse synallagmatique du contrat au sens de l'article 1589 du Code civil mauricien. En pratique, il arrive souvent que les contractants stipulent eux-mêmes, dans la promesse synallagmatique de vente conclue sous seing privé, la réalisation ultérieure d'une forme notariale¹⁰⁴. En droit mauricien, les parties à une promesse synallagmatique de vente doivent prévoir de façon expresse que la forme dont elles sont convenues est une forme *ad solemnitatem*, c'est-à-dire une condition de validité de la vente, qui retarde sa conclusion. Dans le cas contraire, la forme stipulée sera considérée comme une simple modalité et le contrat définitif de vente sera considéré comme conclu au jour de la promesse synallagmatique¹⁰⁵. Autrement dit, en cas de doute, lorsque les parties à une promesse synallagmatique de vente ont prévu la réalisation d'une forme notariale, mais n'ont pas précisé sa portée, la Cour suprême de Maurice considère que la promesse de vente vaut vente définitive et que la forme stipulée n'est qu'une

¹⁰⁴ M.STORCK, *Fasc. précit.*, n° 3 et 6 ; BOYER, *art. précit.*, pp. 17-18 – Comp. avec M. MIGNOT, « Vente. – Nature et forme. – Promesse synallagmatique de vente », *Fasc. 10, Jurisclasseur, Code civil*, art. 1589, juin 2011, n° 12 et 17.

¹⁰⁵ C'est ce qui résulte d'ailleurs d'un arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 1994 : « *Attendu que, pour rejeter la demande de M. L... en réalisation forcée de la vente d'un immeuble que lui avait consenti M. J... par acte sous seing privé du 20 mai 1986, l'arrêt attaqué...retient que le "compromis" stipule que l'acquéreur sera propriétaire des biens vendus à compter seulement de la réitération par acte authentique, de sorte que le vendeur n'est tenu, envers l'acquéreur que d'une obligation de faire pouvant se résoudre en dommages-intérêts; qu'en statuant ainsi, après avoir constaté, par motifs adoptés, l'accord des parties sur la chose et sur le prix et sans relever d'autres circonstances de nature à démontrer que les parties avaient fait de la réitération par acte notarié un élément constitutif de leur consentement, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.* » (Cass., 3^{ème}, 20 déc. 1994). Dans une décision récente, la Cour de cassation a considéré la réalisation d'un acte authentique comme une condition suspensive. V. Cass., 3^{ème}, 15 mai 1994, DP, 22/1994, p. 68.

modalité retardant le transfert de propriété¹⁰⁶. Cet enseignement peut être tiré de l'arrêt de la Cour suprême de Maurice *Soobramanien N. vs Jogoo K. ORS*¹⁰⁷, rendu en 2007¹⁰⁸ où il est énoncé qu'une promesse synallagmatique de vente est autonome et ne vaut pas contrat définitif (vente), si l'intention des parties était de retarder la conclusion du contrat de vente par l'accomplissement d'une forme authentique. En l'occurrence, un couple d'époux, futurs vendeurs, et une dame, futur acheteur, ont passé un contrat sous seing privé. Ce contrat portait sur la vente d'un terrain situé à Quatre Cocos et le prix stipulé était de 300 000 roupies. La dame, futur acheteur, a versé un dépôt de 75 000 (25 % du prix). Les époux, futurs vendeurs, ont par la suite refusé d'encaisser le paiement du reste du prix et ne voulaient pas paraître devant un notaire afin de réitérer le contrat dans la forme authentique. La Cour suprême a qualifié le contrat conclu sous seing privé de promesse synallagmatique de vente. La question s'est posée par la suite de savoir si la forme authentique à laquelle il fallait recourir était un élément subjectif de validité du contrat (rem. auteur - auquel cas la promesse de vente ne vaut pas vente) ou une simple modalité du contrat (rem. auteur - auquel cas la promesse de vente vaut vente). Pour répondre à cette question, la Cour suprême rappelle l'état actuel de la jurisprudence française : depuis 1936, la jurisprudence française considère qu'en cas de doute la forme authentique n'est pas une condition additionnelle de validité du contrat, mais une simple modalité. D'après les circonstances de la présente affaire, la Cour suprême pense que la forme authentique n'a été qu'une modalité du contrat retardant le transfert de propriété et le paiement du prix.

La sanction applicable à une partie à la promesse refusant de se rendre devant le notaire consiste dans l'exécution forcée de l'obligation de faire ; le jugement de la Cour suprême pourra remplacer la signature de la vente devant le notaire ce dont témoignent les arrêts *Dookhurrin C. and Ors vs Kodai R.*¹⁰⁹, *Gajjalu A. C. R. S. vs Sunnasse D. & Ors.*¹¹⁰ et *Bholah F. L. vs Beenessreesingh*

¹⁰⁶ D.MAZEAUD, *art. précit.*, p. 651.

¹⁰⁷ En même sens : *Bholah F. L. vs Beenessreesingh D. & Anor* 2013 SCJ 199 ; *Narayadu C. & Anor vs Ramkhelawon S.* 2013 SCJ 462.

¹⁰⁸ SCJ 36.

¹⁰⁹ 2004 SCJ 181. En l'occurrence, la vente avait été conclue dans un acte sous seing privé. Le demandeur exige en justice l'exécution forcée, si nécessaire, de l'obligation de faire du défendeur, celle de passer le contrat de vente en la forme authentique. La Cour suprême accueille favorablement sa demande : si le vendeur (défendeur au procès) ayant vendu le bien par un contrat sous seing privé n'apparaît pas devant un notaire dans le délai de trois mois, le jugement tiendra lieu de l'acte authentique et sera transcrit à la conservation des hypothèques.

¹¹⁰ 2014 SCJ 27. En l'occurrence, la vente avait été conclue dans un acte sous seing privé. Le demandeur exige l'exécution forcée, si nécessaire, de l'obligation de faire du défendeur, celle de passer le contrat de vente en la forme authentique. La Cour suprême accueille favorablement sa demande : si le vendeur (défendeur au procès) ayant vendu le bien par un contrat sous seing privé n'apparaît pas devant un notaire dans le délai de deux mois, le jugement tiendra lieu de l'acte authentique et sera transcrit à la conservation des hypothèques.

*D. & Anor*¹¹¹. Cela est possible, grâce au fait mentionné dans les développements précédents, que les parties ont déjà donné leur consentement à la vente au jour de la conclusion de la promesse. Par conséquent, l'exécution forcée de l'obligation de faire est possible, car il n'y a pas de pression intolérable sur la personne ou la liberté de la partie à la promesse.

La substitution du bénéficiaire d'un pacte de préférence au tiers acquéreur. L'intérêt principal des pactes de préférence consiste à connaître la sanction applicable au promettant qui ne respecterait pas son obligation principale issue du pacte de préférence, et proposerait la conclusion du contrat à un tiers, avant de la proposer au bénéficiaire du pacte. La Cour suprême de Maurice ne s'est pas prononcée, à notre connaissance, sur cette question. Pendant longtemps, la jurisprudence française, cette *persuasive authority* à Maurice, se contentait d'attribuer les dommages et intérêts au bénéficiaire du pacte¹¹², ainsi que d'annuler le contrat passé avec un tiers en violation du pacte de préférence. En revanche, la jurisprudence refusait de substituer le bénéficiaire du pacte dans les droits du tiers¹¹³. L'allocation de dommages et intérêts était fondée sur une application littérale de l'article 1142 du Code civil, aux termes duquel l'inexécution d'une obligation de faire, ou de ne pas faire ne se solde que par une allocation de dommages et intérêts. Un arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 30 avril 1997 va nettement dans ce sens¹¹⁴.

La solution classique présentait des défauts sérieux. En ce qui concerne les dommages et intérêts, cette sanction n'apporte jamais au créancier, c'est à dire au bénéficiaire du pacte, la même satisfaction que l'exécution en nature, qui consisterait ici dans la conclusion du contrat souhaité et dans son exécution. De plus, l'annulation du contrat n'empêche pas le promettant de passer avec un tiers un autre contrat de même nature et portant sur le même bien, en violant ainsi de nouveau le pacte de préférence. C'est pourquoi la question de savoir si les juges pouvaient déclarer le contrat passé entre le promettant et le tiers inopposable au bénéficiaire et substituer ce dernier dans les droits du tiers, continuait à planer sur l'institution de pacte de préférence. La Cour de cassation a fini par répondre positivement à cette question en 2006 : elle a énoncé que l'exécution de l'obligation de faire, c'est à dire de l'obligation de proposer en priorité la

¹¹¹ 2013 SCJ 199. En l'occurrence, la vente avait été conclue dans un acte sous seing privé. Le demandeur exige l'exécution forcée, si nécessaire, de l'obligation de faire du défendeur, celle de passer le contrat de vente en la forme authentique. La Cour suprême accueille favorablement sa demande : si le vendeur (défendeur au procès) ayant vendu le bien par un contrat sous seing privé n'apparaît pas devant un notaire, le jugement tiendra lieu de l'acte authentique et sera transcrit à la conservation des hypothèques.

¹¹² En l'absence de préjudice, la violation d'un pacte de préemption n'entraîne pas de sanction (Cass. com. 9 avr. 2002, comm. J.-M. TENGANG, *J.C.P. G.*, n° 17/2003, II 10067).

¹¹³ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, pp. 292-293, n° 260.

¹¹⁴ Cass. 1^{ère}, 30 avril 1997, Bull. civ. I, n° 96.

conclusion du contrat au bénéficiaire du pacte, était susceptible d'exécution forcée, à condition que le tiers acquéreur soit de mauvaise foi, et n'ignorait pas l'existence du pacte¹¹⁵. En l'occurrence, l'exécution forcée de l'obligation du promettant fut possible, sa liberté personnelle ne subissant pas de restrictions. En effet, le promettant a déjà donné son consentement au contrat concerné par le pacte de préférence. Il s'agissait désormais de dévier ce consentement, et de remplacer le tiers par le bénéficiaire du pacte, ce qui ne pose pas de difficultés dans la mesure où il ne s'agit pas d'un contrat *intuitu personae*. En effet, dans un arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 26 mai 2006 les juges ont considéré que le bénéficiaire d'un pacte de préférence avait le droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers, en méconnaissance du droit de préférence, *ainsi que la substitution dans les droits de l'acquéreur*. Cette solution fut confirmée un an plus tard, dans un arrêt de la troisième chambre civile du 14 février 2007¹¹⁶. La solution retenue par la jurisprudence française paraît recommandable pour notre droit positif, étant conforme à l'esprit de l'article 1142 du Code civil mauricien.

La conclusion du contrat malgré la révocation d'une offre irrévocable.

La sanction de l'inexécution de l'obligation de maintenir en vigueur une offre est une question intéressante qui divise. La première possibilité consiste dans la conclusion du contrat, en dépit de la violation de l'obligation mentionnée plus haut, car « la prétendue révocation doit logiquement être tenue pour inefficace et le contrat doit être considéré comme formé par l'acceptation, même postérieure, survenant avant l'expiration du délai »¹¹⁷. La seconde solution envisageable consiste dans une allocation de dommages-intérêts au destinataire de l'offre déçu¹¹⁸. La jurisprudence française opte pour cette dernière solution¹¹⁹. Il nous semble, toutefois, que les principes fondamentaux du droit mauricien du contrat commandent la solution inverse. L'auteur d'une offre irrévocable a donné à titre définitif son consentement au contrat proposé¹²⁰ et ne devrait pas pouvoir être

¹¹⁵ L. TRANCHANT – V. EGEA, *op. cit.* p. 32. En revanche, lorsque le tiers acquéreur était de bonne foi, et ignorait l'existence du pacte, le bénéficiaire devra se contenter d'une allocation de dommages et intérêts. Voir S. TISSEYRE, *art. précit.* pp. 294 s. Partie II, sous-partie B ; I. NAJJAR, « La sanction de la promesse de contrat », *Recueil Dalloz*, 2016, pp. 848 s. n° 2.

¹¹⁶ Cass. 1^{ère}, 14 fév. 2007, note G. VINEY, *Revue des contrats*, n° 3/2007, p. 741.

¹¹⁷ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 31.

¹¹⁸ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 31.

¹¹⁹ Cass. 3^{ème}, 10 mai 1968, 2 arrêts, Bull. civ. III, n° 209 ; Cass. 1^{ère}, 8 oct. 1958, Bull. civ. I, n° 413 ; Y. BUFFELAN-LANORE – V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.* pp. 342-343, n° 1042.

¹²⁰ Un raisonnement similaire peut s'appliquer à la solution jurisprudentielle aux termes de laquelle il peut y avoir le maintien forcé du contrat rompu en violation du délai de préavis (Com. 27 sept. 2017, note H. BARBIER, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2017, pp. 859 s). Si la Cour de cassation est parvenue à cette solution, c'est parce qu'il y avait une obligation de faire (l'obligation de respecter un préavis) susceptible d'exécution forcée. Cette exécution forcée a été possible grâce au fait que l'auteur de la violation du préavis avait déjà consenti au contrat

autorisé à y revenir par une déclaration unilatérale de volonté. En effet, ce qui a été créé par une déclaration unilatérale de volonté (le consentement au contrat projeté) ne peut pas forcément être détruit par une autre déclaration unilatérale de volonté¹²¹. Il n'est pas inutile de rappeler qu'en dépit d'une jurisprudence extravagante de la Cour de cassation française établie depuis le 15 décembre 1993, on écrit très souvent que le promettant donne, au jour du contrat de promesse unilatérale de contrat, son consentement définitif et irrévocable. Par conséquent, la révocation de ce consentement, pendant le délai d'option, est impossible et le bénéficiaire complétera la conclusion du contrat proposé par une déclaration unilatérale de volonté, même si celle-ci intervient après la révocation de la promesse par le promettant mais pendant le délai d'option. Il n'est pas inutile de mentionner que dans un arrêt de la Cour de cassation du 7 mars 2008 il a été jugé que la rétractation de l'offre précédant l'acceptation du bénéficiaire dans le délai qui lui avait été expressément octroyé pour s'exprimer reste inefficace : le contrat est conclu¹²².

en question, et l'exécution forcée de l'obligation de préavis ne portait pas atteinte à sa liberté individuelle.

¹²¹ En même sens : note G. LOISEAU sous Cass. 1^{ère}, 25 juin 2014, n°13-16.529, « Droit des contrats, sous la direction de Jacques Ghestin », *J.C.P. G.* n° 46-47/2014, doct. 1195, n° 3.

¹²² Cass. 3^{ème}, 7 mai 2008, n° 07-11.690, note Y.-M. SERINET, « Droit des obligations, sous la direction de Jacques Ghestin », *J.C.P. G.* n° 31/2008, I 179, n° 1 à 6.