

DU SILENCE À L'OBSOLESCENCE : L'EXTINCTION TACITE DES PROMESSES DE CONTRAT AU QUÉBEC ET EN FRANCE

Pierre RAINVILLE

Volume 113, Number 2, September 2011

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1044779ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1044779ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

RAINVILLE, P. (2011). DU SILENCE À L'OBSOLESCENCE : L'EXTINCTION TACITE DES PROMESSES DE CONTRAT AU QUÉBEC ET EN FRANCE. *Revue du notariat*, 113(2), 335–395. <https://doi.org/10.7202/1044779ar>

DU SILENCE À L'OBSOLESCENCE : L'EXTINCTION TACITE DES PROMESSES DE CONTRAT AU QUÉBEC ET EN FRANCE

Pierre RAINVILLE*

| | |
|---|-----|
| RÉSUMÉ | 337 |
| INTRODUCTION | 339 |
| 1. LA PROMESSE UNILATÉRALE DE CONTRAT. | 345 |
| 1.1 Le droit d'option : de l'aménagement d'un droit au silence | 347 |
| 1.2 L'extinction tacite du droit d'option : du relativisme du droit au silence. | 350 |
| 1.2.1 L'hypothèse du délai contractuel implicite. . . | 351 |
| 1.2.2 L'hypothèse de la mise en demeure du promettant laissée sans réponse. | 352 |
| 1.2.3 L'hypothèse de la renonciation tacite | 354 |
| 1.2.3.1 Remarques liminaires sur la différenciation entre la renonciation et la résiliation | 354 |
| 1.2.3.1.1 L'anéantissement de l'avant-contrat recherché par le promettant | 355 |

* Pierre Rainville, LL.B. Laval, D.Phil. Oxford, est professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval à Québec. Il adresse ses remerciements les plus sincères à la Fondation du Barreau du Québec, à la Fondation pour la recherche juridique ainsi qu'au Centre d'études en droit économique (CÉDÉ) pour leur précieux concours financier dans le cadre de la préparation de la présente étude. Ses remerciements vont également à M^{re} Christine Santerre, doctorante à l'Université Laval, pour son assistance à l'égard de la recherche documentaire.

| | | |
|------------|---|-----|
| 1.2.3.1.2 | L'anéantissement du droit d'option recherché par son bénéficiaire | 356 |
| 1.2.3.2 | Remarques sur la caractérisation de la renonciation tacite | 357 |
| 1.2.3.2.1 | La rectitude de la solution française | 357 |
| i) | Une solution empreinte de nuances | 359 |
| ii) | Une solution éprise d'originalité. . . | 361 |
| 1.2.3.2.2 | L'incertitude de la solution québécoise | 365 |
| i) | L'ambivalence de la jurisprudence | 365 |
| ii) | L'ambivalence de la position législative | 371 |
| 1.2.4 | L'hypothèse de la prescription. | 374 |
| 2. | LE PACTE DE PRÉFÉRENCE. | 377 |
| 2.1 | Le droit de préférence : de l'aménagement de l'attentisme | 378 |
| 2.2 | La révocation du droit de préférence : de la précarité de l'attentisme | 384 |
| 2.2.1 | L'extinction du fait du débiteur : la résiliation unilatérale du pacte de préférence | 385 |
| 2.2.2 | L'extinction du fait du créancier : la renonciation au droit de préférence. | 387 |
| 2.2.2.1 | L'inaction du bénéficiaire antérieurement à l'intérêt affiché par le tiers | 387 |
| 2.2.2.2 | L'inaction du bénéficiaire postérieurement à la formulation de l'offre du tiers. | 389 |
| CONCLUSION | | 391 |

RÉSUMÉ

La théorie de l'instantanéité de la formation du contrat est relativisée par la technique de l'avant-contrat. Cet instrument aménage la relation contractuelle de manière graduelle et souvent hypothétique. Le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat sont, en vérité, deux conventions préliminaires fondées sur l'irrésolution. Le principe même de la conclusion du contrat n'a nullement été agréé et l'attentisme s'immisce dans la relation des parties. La formation définitive de l'entente sera l'œuvre du temps. L'existence d'un délai d'option à durée indéterminée autorise l'irruption du silence et de l'inaction dans le cadre de l'élaboration graduelle de la relation contractuelle. Or, cette passivité convenue n'est pas sans aléas : l'étiollement du désir contractuel va parfois de pair avec l'écoulement du temps.

La présente étude pose sans détour la question de la juridicité du silence à travers le prisme de l'avant-contrat. S'il est propice à la réflexion, le silence peut aussi être perçu comme le signal du désintérêt. Le droit connaît cette dualité de rôles. L'avant-contrat orchestre, le plus souvent, un temps de réflexion. Les fonctions attribuées à l'attentisme et à la potestativité lors de l'élaboration progressive du contrat ne sauraient être niées. Les avant-contrats ne se ressemblent pas tous à cet égard. Le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat concèdent à la passivité un rôle que lui nie la promesse synallagmatique.

La *perpétuation* de l'attitude passive évoque, de son côté, l'hypothèse de l'extinction tacite de l'entente précontractuelle. L'inaction prolongée n'a pourtant aucune signification obligatoire : la portée juridique du silence varie selon la nature de l'avant-contrat et selon le mode extinctif allégué. Le présent article se livre ainsi à l'étude des divers modes d'extinction de manière à cerner leur spécificité propre (renonciation, résiliation unilatérale, résiliation conventionnelle, prescription, caducité). À cette analyse comparative s'ajoute une réflexion critique au sujet de l'invocation souvent immodérée du critère du « délai raisonnable » afin de décréter la disparition de l'avant-contrat. À la vérité, l'utilité de ce critère est intimement liée au mode d'extinction allégué. L'expiration d'un délai

raisonnable est donc dépourvue d'un effet extinctif *universel* : la signification accordée au passage du temps demeure fonction de l'avant-contrat en cause et du procédé extinctif à l'œuvre.

INTRODUCTION

Le consensualisme insiste naturellement sur la brièveté de la rencontre des volontés :

On n'a pas assez signalé que dans le consensualisme se trouvent enfermés deux aspects différents d'une même chose :

- d'une part l'idée que les consentements suffisent à former le contrat sans le secours d'aucun autre élément ;
- d'autre part l'idée que cette formation se ramène à l'instant presque intemporel où les deux volontés se rencontrent.¹

Cette vision spontanéiste ne rend évidemment pas compte de la genèse fréquemment complexe de l'accord contractuel. Très souvent, la formation du contrat s'inscrit dans un mouvement d'espacement. S'éloignant résolument de la conception instantanéiste de la formation du contrat, la technique de l'avant-contrat insiste, au contraire, sur l'apport temporel dans la création de l'acte juridique bilatéral. L'œuvre du temps dans l'élaboration de la convention se voit ainsi consacrée par le procédé privilégié par les parties².

Malgré sa force obligatoire indiscutable, l'avant-contrat est, avant toutes choses, un instrument d'émancipation : il proclame la liberté des parties de concevoir l'apprivoisement de la perspective de la relation contractuelle et, partant, la détermination purement

1. J. HAUSER, « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », dans *Mélanges en hommage à J. Ellul*, Paris, PUF, 1983, p. 503-510, à la p. 506.
2. Rapp. R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », dans *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris, Dalloz, 2005, p. 211-233, à la p. 215 : « Certes, nos idées ont changé à ce propos. La formation était autrefois conçue sur le modèle du coup de foudre, par lequel les volontés des parties s'accordaient aussitôt ; elle s'est aujourd'hui ouverte aux nécessités d'une négociation lente et laborieuse, permettant aux volontés de s'apprivoiser mutuellement. [...] Somme toute, la formation a progressivement acquis sa véritable dimension : celle d'un processus, avec ce que cela sous-entend de durée. » Voir encore S. GUILLEMARD, « De la phase préalable à la formation de certains contrats », (1993) 24 *R.G.D.* 157 ; *Fournier c. Villaggi*, 2011 *QCCA* 1869 ; *Emballages Box Pack inc. c. Emballages DG inc.*, 2009 *QCCS* 1968.

graduelle de ses composantes. L'avant-contrat est une figure qui fait contrepoids à la théorie instantanéiste de la formation du contrat selon laquelle les volontés contractuelles se nouent dans la trame de l'instant.

Le phénomène de l'avant-contrat ne se contente pas de retarder la formation même de la convention. Il révèle souvent le « décalage des consentements »³ en ce que les parties ne se commettent pas toutes avec la même vigueur et la même intensité. Il en résulte des ententes à la force obligatoire contrastée, l'intensité de la volonté contractuelle affichant souvent une grande diversité. La promesse unilatérale de contrat renferme, par exemple, une asymétrie obligationnelle : elle ne réserve des obligations qu'au promettant. L'auteur de la promesse se lie irrévocablement, tandis que le bénéficiaire du droit d'option dispose d'un délai de réflexion, sans engagement aucun. Lors même qu'il n'engage aucune des parties à conclure la convention évoquée, le pacte de préférence comporte, lui aussi, un serment déséquilibré : le promettant fait quelques pas de plus que son cocontractant : il lui concède un droit de priorité dans l'éventualité de la formation d'un contrat, sans pourtant se commettre sur la vraisemblance de cette perspective contractuelle.

Le décalage des volontés ne compromet pas forcément le sort de l'entente future. Il faudra bien que les deux volontés finissent par se rencontrer, certes, mais pas obligatoirement sur un plan temporel. À l'instar du droit québécois, la jurisprudence française contemporaine admet qu'un contrat puisse se former parfois « sans expression concomitante des volontés [...], par leur simple décalage temporel »⁴. La Cour de cassation l'illustre à point nommé : le décès de l'auteur d'une promesse unilatérale de contrat ne fait point obstacle à la naissance de la convention projetée. Le défunt ayant « définitivement consenti à vendre » au moment de la formulation de la promesse, son engagement lie ses héritiers et il n'est nul besoin de solliciter une quelconque réitération de leur part⁵.

3. A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2011, p. 67.

4. Genicon sous Civ. 3^e, 8 sept. 2010, *RDC*.2011.57.

5. Civ. 3^e, 8 sept. 2010, *Defrénois*.2010.2123, obs. Aynès ; *J.C.P.*2010.1051, note Pillet ; *RDC*.2011.57, note Genicon ; *Droit et patrimoine*, févr. 2011, p. 66, obs. Aynès et Stoffel-Munck ; *RDC*.2011.153, obs. Brun ; *RTDciv.*2010.778, obs. Fages ; *D.*2011.477, obs. Amrani Mekki et Fauvarque-Cosson ; *G.P.*, 2 déc. 2010, n^o 335, p. 15, note Pignarre. La promesse unilatérale de contrat survit aussi en principe au décès du promettant en droit québécois : D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 202 et 205.

De cet étapisme, l'aboutissement du processus contractuel étant délibérément retardé par les parties⁶, se pose la question de l'incidence juridique de l'immixtion du silence et de l'inaction. Les avant-contrats sont la terre de prédilection pour interroger la juridicité du silence – par-delà la question beaucoup plus traditionnelle du rôle du silence à titre d'acceptation du contrat. Comment le déploiement dans le temps du processus contractuel s'accommode-t-il de périodes plus ou moins longues d'indécision et de silences ? La caducité de la promesse unilatérale de contrat peut-elle tenir à la seule présence d'un silence prolongé ? Le mutisme observé par le titulaire du droit d'option est-il parfois à même de traduire son désintéret consommé envers la relation contractuelle envisagée ? En somme, quelle est la durée de vie d'une promesse de contrat dépourvue de terme fixe ?

La dialectique de la durée possède une résonance toute particulière en présence d'un avant-contrat. La volonté d'élaboration progressive de l'accord n'est pas sans aléas. La passivité ultérieure des parties traduira parfois l'étiollement du désir contractuel.

L'incertitude du sort réservé au contrat envisagé procède d'ailleurs *de la nature même* de certains avant-contrats. La gamme des avant-contrats recèle une « gradation » dans la précision des obligations contractuelles assumées⁷. Il existe ainsi des interstices, **y compris des interstices volitionnels**, dans le processus d'élaboration du contrat. La promesse unilatérale en est l'exemple tout indiqué, puisqu'une seule partie se déclare résolue à la conclusion du contrat définitif. La promesse unilatérale est un serment de

6. La promesse de contrat se situe « en plein climat de liberté contractuelle », les parties étant à même de différer le moment de la formation de leur entente selon leur gré : M. POURCELET, *La vente*, 5^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1987, p. 22, une assertion confirmée depuis lors par l'article 1396, al. 2 C.c.Q. Cette liberté s'accroît dans l'hypothèse du pacte de préférence : aucune des deux parties ne s'est véritablement commise à l'égard du contrat évoqué. Partant, une « double déclaration de volonté » sera ultérieurement indispensable à la naissance du contrat envisagé par le pacte de préférence : *Viel c. Entreprises immobilières du terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262, J.E. 2002-937, par. 55 (C.A.). La liberté contractuelle s'exprime, dans une moindre mesure, en matière de promesse bilatérale. La promesse synallagmatique accompagnée de délivrance s'entend normalement d'une vente définitive (art. 1710 C.c.Q.), mais il est, là encore, loisible aux parties de déroger à cette disposition en assortissant, par exemple, leur promesse d'une clause en sens contraire. La formation du contrat définitif s'en trouvera d'autant repoussée : *Lévesque c. Ouellet*, J.E. 2011-1196 (C.Q.) ; *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *Le Code civil du Québec*, Les Publications du Québec, 1993, p. 1068.

7. A. POPOVICI, « Les avant-contrats », (1995) 1 *C.P. du N.* 130, 146.

précarité en vertu duquel les parties organisent « une situation d'attente dans la formation définitive des droits »⁸.

La juridicité du silence et de l'inaction se pose tout particulièrement à propos des « deux archétypes de l'avant-contrat »⁹, savoir la promesse unilatérale et le pacte de préférence. Ces deux formes d'ententes préliminaires possèdent leur spécificité propre¹⁰. Le stade d'avancement des visées contractuelles les départage. Le pacte de préférence n'aspire qu'à une discrète entrée en matière

8. P. FIESCHI-VIVET, « Contrats et obligations. Promesse de contrat. Introduction et notion », 1^{er} App. art. 1134 et 1135, fasc. 1, 1988, n° 45.
9. D. MARTIN, « Des promesses précontractuelles », dans *Études offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité*, Paris, Litec, 2005, p. 487-498, à la p. 488. Cette hiérarchisation des avant-contrats n'est pas sans évoquer, du reste, les choix du ministère de la Justice de la République française dans le *Projet de réforme du droit des contrats* (juillet 2008). Seuls le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat figurent dans la section 4 intitulée « Les avant-contrats ». Au Québec, la promesse *synallagmatique* de contrat, de par sa distanciation d'avec le contrat définitif, se taille la part belle. La promesse bilatérale n'est pas censée équivaloir au contrat définitif, sauf volonté contraire des parties (D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 231 et 232) ; partant, cet avant-contrat se voit accorder une importance considérable. Il ne recevra pas une attention équivalente dans le présent article. La conclusion d'une promesse synallagmatique signifie que le principe même du contrat est acquis de même que ses modalités. Ce faisant, le silence et l'inaction des parties ne sauraient recevoir la même portée qu'en présence d'un avant-contrat purement exploratoire. Voir nos remarques au sujet de la promesse synallagmatique *infra*, notes 16, 31, 45, 45, 69, 76 et 174 ainsi que la conclusion du présent article *infra*, p. 394 et 395.
10. Cette spécificité emporte un régime juridique différencié. Autant certaines règles leur sont communes (cf. l'article 1397 C.c.Q. au sujet de l'opposabilité de l'entente conclue en violation de l'avant-contrat ainsi que *Raschella c. 3633713 Canada inc.*, [2003] R.D.I. 2, par. 15 (C.A.)), autant le pacte de préférence et la promesse unilatérale relèvent généralement de principes distincts (*Jacol Realty Holdings inc. c. Conseil d'expansion d'Argenteuil*, [1986] R.J.Q. 2295, par. 10 (C.A.)). Les différences sont d'ailleurs nombreuses : 1) l'objet de ces deux avant-contrats n'est pas du même ordre : la promesse de contrat accorde *l'exclusivité*, alors que le pacte de préférence concède uniquement *la priorité* (L. ROZÈS, « Pacte de préférence et notions voisines », *Droit et patrimoine*, janv. 2006, p. 38-42, à la p. 41) ; 2) les conditions de validité de ces avant-contrats diffèrent : les éléments essentiels du contrat projeté doivent figurer dans la promesse unilatérale, sans qu'il en soit de même du pacte de préférence (*infra*, notes 25, 132 et 137) ; 3) la durée de ces avant-contrats diverge : le pacte de préférence à durée indéterminée échappe normalement à la prescription de droit commun (*infra*, note 116), au contraire de la promesse unilatérale (*infra*, p. 375 et 376) ; 4) la liberté du promettant n'est pas de la même nature. L'auteur de la promesse unilatérale ne saurait donner ou hypothéquer le bien (*infra*, note 35). Rien de tel en matière de pacte de préférence, seul le contrat « vidant » le pacte de son contenu lui étant interdit (Civ. 3^e, 1^{er} avril 1992, *RTDciv.*1993.347, obs. Mestre ; Civ. 3^e, 10 mai 1984, *DeFrénois.*1985.1234, obs. Olivier).

contractuelle. Aucune partie ne s'est encore décidée à conclure le contrat envisagé et les modalités de l'entente esquissée seront généralement indéterminées à ce stade précoce¹¹. Aussi a-t-on énoncé avec justesse que le pacte de préférence est l'« avant contrat le plus dépouillé qui soit »¹². Les résolutions sont un rien mieux arrêtées en présence d'une promesse unilatérale de contrat. Une seule partie accepte de se commettre, certes, mais les éléments essentiels du contrat pressenti sont connus. Le contrat est d'ores et déjà ébauché de sorte que « le travail d'approche est sensiblement plus poussé dans la promesse de vente que dans le pacte de préférence »¹³.

Le degré d'avancement des préliminaires contractuels n'est pas l'unique point d'ancrage de la présente réflexion. Le pacte de préférence et la promesse unilatérale se différencient à un autre titre. *Le délai d'attente procède de deux causes diamétralement opposées : la volonté du promettant pour l'un, la volonté du titulaire de l'option pour l'autre.* Le sort de la promesse unilatérale de contrat est tout entier tributaire du titulaire de l'option. Le projet contractuel demeurera en jachère tant et aussi longtemps que le bénéficiaire de l'option ne se sera pas déterminé.

À l'inverse, les suites à donner au pacte de préférence dépendent, au premier chef, de la volonté du promettant. Il lui revient de décider de formuler une offre en faveur du bénéficiaire du droit de préférence. L'inertie ou non a donc pour ressort l'attribution au promettant. Le pacte de préférence fait de la tergiversation, une convention. En reprenant la typologie proposée par un auteur québécois¹⁴, le pacte de préférence constitue, au mieux, un avant-contrat « exploratoire » par opposition à un avant-contrat « préparatoire », la conclusion du contrat n'ayant aucunement été convenue mutuellement. Faisant jeu égal entre l'indécision du promettant et l'incertitude du bénéficiaire de la préférence, le pacte de préférence est le miroitement de deux volontés encore insaisissables.

Ces petits pas contractuels expliquent peut-être l'attitude du droit codifié à leur égard, les avant-contrats étant souvent relégués dans la catégorie des conventions innommées. La réforme du Code

11. Voir nos précisions *infra*, p. 381 à 383.

12. D. MARTIN, « Des promesses précontractuelles », dans *Études offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité*, Paris, Litec, 2005, p. 487-498, à la p. 488.

13. P. VOIRIN, « Le pacte de préférence », *J.C.P.*1954.I.1192, n° 3.

14. A. POPOVICI, « Les avant-contrats », (1995) 1 *C.P. du N.* 130, 136 et 137.

civil québécois ne se sera d'ailleurs traduite que par des dispositions éparses au sujet de certains avant-contrats¹⁵. L'indifférence somme toute relative du législateur rend très peu compte de l'agitation jurisprudentielle occasionnée par les préliminaires contractuels. La volonté précaire est très souvent litigieuse.

Le contentieux entourant la rétractation de la promesse unilatérale de contrat est là pour en témoigner. Inutile d'insister sur l'abondance de la littérature, québécoise comme française, sur cette interruption subite de la relation promise. Or, la présente étude s'intéressera surtout aux formes d'abandon plus discrètes de l'avant-contrat. Aux promesses succède souvent l'ère du désenchantement. L'avant-contrat n'est parfois que le prélude à l'étiollement de la volonté contractuelle. L'appréciation de la durée du consentement fait corps avec l'étude de l'avant-contrat : le droit n'échappe pas à la vanité des promesses...

Le présent article interrogera, dans un parfait parallélisme, les solutions esquissées par le droit français et le droit québécois. La parenté de ces deux systèmes juridiques favorise les comparaisons. Si le droit français et le droit québécois accusent de réelles différences à l'égard des effets d'une promesse synallagmatique de contrat¹⁶, il ne saurait en être de même de la promesse unilatérale et du pacte de préférence. Le régime juridique de ces deux avant-contrats est très apparenté dans les traditions civilistes québécoise et française. Du reste, les arrêts de la Cour de cassation auront souvent inspiré la jurisprudence québécoise qui s'en est réclamée à des titres divers¹⁷.

15. Cf. les articles 1396, 1397, 1415, 1710 à 1712, 1812 et 2316 C.c.Q.

16. Le droit français et le droit québécois se fondent sur des *a priori* contraires. Le droit français estime qu'une promesse synallagmatique vaut normalement contrat définitif, tandis que le droit québécois suppose que la promesse bilatérale est un avant-contrat *préalable* à la conclusion du pacte définitif. Il est toutefois libre aux parties d'en décider autrement et les tribunaux évalueront les indices susceptibles d'infirmar la solution courante. L'importance accordée en fin de compte à l'intention réelle des parties – en droit français comme en droit québécois – fait en sorte que les solutions retenues dans ces deux systèmes juridiques ne sont pas si divergentes que la doctrine le laisse parfois entendre. Il suffit, pour s'en convaincre, de prendre connaissance des solutions jurisprudentielles françaises exposées par J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTDciv.*2000.25, 42 à 44.

17. Entre autres exemples : *Odell c. Reynolds*, AZ-90021185, [1990] R.D.I. 301 (C.S.) ; *St-Laurent c. Ouellette*, [1984] C.A. 124, 131 ; *Ouimet c. Guilbault*, [1972] C.S. 859, 860 ; *Saint-Denis c. Quevillon*, (1915) 51 R.C.S. 603.

À l'analyse de la promesse unilatérale succédera l'étude du pacte de préférence.

1. LA PROMESSE UNILATÉRALE DE CONTRAT

Le présent article s'en tient aux promesses à durée *indéterminée*. L'hypothèse se présente ainsi : les auteurs de la promesse unilatérale n'ont stipulé aucun terme extinctif et la levée de l'option n'est donc assujettie à aucune date butoir comme telle. La question se pose de savoir si l'inaction prolongée du titulaire du droit d'option peut suffire à rendre la promesse de contrat caduque. Cette interrogation n'a aucunement lieu d'être au regard d'une promesse unilatérale à durée *déterminée* : l'expiration de l'échéance arrêtée de concert entraîne inexorablement la caducité de la promesse¹⁸.

Une précision lexicale est aussi de mise. La « promesse *unilatérale* de contrat » est un leurre terminologique. L'épithète « unilatérale » travestit la réalité juridique : la promesse unilatérale de contrat est, à la vérité, une convention jaillie d'un accord de volontés avéré¹⁹. Aussi

18. La position dominante conclut à la caducité de la promesse sitôt le délai conventionnel expiré : P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Paris, Defrénois, 2011, p. 71 et 75 ; F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 65 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2011, p. 74 ; M. MIGNOT, « Vente. Nature et forme. Promesse unilatérale de vente », *Juris-Classeur*, art. 1589, fasc. 20, 2008, n^{os} 174, 188, 189 et 212 ; F. GARRON, *La caducité du contrat (Étude de droit privé)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, p. 91 : « Il s'agit [...] d'une caducité consécutive à la disparition du consentement. » ; D. PRATTE, « Conditions de formation du contrat », fasc. 3, *Jurisclasseur Québec, Collection droit civil : obligations et responsabilité civile*, Montréal, LexisNexis, 2010, p. 3-1 à 3-58, au n^o 30, p. 3/20 ; P.-G. JOBIN et M. CUMYN, *La vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 63 et 64 ; D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 210 ; D.-C. LAMONTAGNE, *Droit de la vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 19.
19. A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2011, p. 66 : « [...] en acceptant cette promesse en tant que telle, le bénéficiaire donne à l'option qui lui est consentie un caractère contractuel obligatoire : alors qu'une simple offre est révocable, le *contrat de promesse* ne l'est pas [...] » (italiques dans l'original) ; D. MARTIN, « Des promesses précontractuelles », dans *Études offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité*, Paris, Litec, 2005, p. 487-498, aux p. 490 et 491 ; C. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat*, t. III, 1^{re} partie, *Conditions de formation*, 6^e éd., Paris, Economica, 2007, p. 276 et 277 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. (par J. PINEAU et S. GAUDET), Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 130 ; M. MIGNOT, « Vente. Nature et forme. Promesse unilatérale de vente », *Juris-Classeur*, art. 1589, fasc. 20, 2008, n^o 7 ; Civ. 3^e, 10 mai 1989, *RTDciv.*1990.65, obs. Mestre ; Civ. 3^e, 21 nov. 1984, *Bull.* III, n^o 198, p. 153 ; Civ. 3^e, 27 avril 1983, *JCP.*1983.IV.209.

cette alliance s'entend-elle d'un « contrat de promesse » et non point d'une « promesse unilatérale »²⁰.

De par sa nature consensuelle et de par sa vocation, la promesse dite unilatérale relève des avant-contrats²¹ : elle fait figure d'acte préparatoire à la conclusion d'un contrat définitif. Ce contrat « intermédiaire »²² est ainsi voué à un rôle passager. L'accord s'effacera lors de la conclusion de la convention envisagée ou, à l'inverse, dès l'abandon du projet. Aussi peut-on dire de la promesse unilatérale qu'elle est non « seulement un contrat intermédiaire [mais] aussi et toujours un contrat temporaire »²³. Le bénéficiaire de l'option incarne simplement le rôle de *candidat* acquéreur²⁴.

Le titulaire du droit d'option attire forcément toute l'attention. Le promettant se retire, le temps de laisser au bénéficiaire de l'option le choix de conclure ou non le contrat projeté. La promesse l'investit d'une faculté, celle de former une convention définitive. La nature même de cette entente intermédiaire consiste à donner préséance à une partie au détriment de l'autre. Le promettant s'astreint à la patience pendant que le titulaire de l'option se voit confier un privilège unilatéral : le promettant est d'ores et déjà lié, tandis que le sort du contrat envisagé est abandonné au libre arbitre du bénéficiaire de l'option. Cette asymétrie contractuelle revient forcément à

-
20. P. FIESCHI-VIVET, *La promesse de contrat*, thèse Lyon II, 1973, p. 43. Rapp. D. PRATTE, « Conditions de formation du contrat », fasc. 3, Jurisclasseur Québec, *Collection droit civil : obligations et responsabilité civile*, Montréal, LexisNexis, 2010, p. 3-1 à 3-58, au n° 28, p. 3/18 ; D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 200 ; A. POPOVICI, « Les avant-contrats », (1995) 1 *C.P. du N.* 130, 167.
 21. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. (par J. PINEAU et S. GAUDET), Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 115 ; S. NEUVILLE, « Promesse de contrat et contrat d'option », dans *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 783-803, à la p. 783.
 22. F. COLLART-DUTILLEUL, « La durée des promesses de contrat », *RDC*.2004.15. Au même effet : M. TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 130 ; D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 199.
 23. F. COLLART-DUTILLEUL, « La durée des promesses de contrat », *RDC*.2004.15. 16. Au même effet : P. FIESCHI-VIVET, « Contrats et obligations. Promesse de contrat. Introduction et notion », 1^{er} App. art. 1134 et 1135, fasc. 1, 1988, nos 44, 45 et 54.
 24. Cette expression est empruntée au professeur COLLART-DUTILLEUL, « La durée des promesses de contrat », *RDC*.2004.15, 27.

accroître l'importance de l'étude du comportement du titulaire du droit d'option. Son attitude doit d'autant plus être scrutée que le sort du contrat à l'étude est tout entier tributaire de sa seule volonté. Des indices de sa détermination contractuelle seront naturellement recherchés. Or, la passivité initiale du titulaire de l'option ne saurait autoriser la moindre conclusion : le propre de la promesse unilatérale de contrat consiste à accorder à son bénéficiaire un droit au silence.

1.1 Le droit d'option : de l'aménagement d'un droit au silence

La promesse unilatérale de contrat se veut une mise en rapport destinée à simplifier la relation future des parties. Les modalités de l'entente envisagée, tel le prix de vente, sont consignées dans la promesse elle-même. Le contrat escompté est d'ores et déjà défini²⁵ de sorte qu'une simple manifestation de volonté suffit à lui insuffler sa force obligatoire. Comme l'exprime finement l'article 1106 de l'Avant-projet Catala de réforme du droit français des obligations, la promesse unilatérale porte sur un contrat « pour la formation duquel fait seulement défaut *le consentement du bénéficiaire* »²⁶. La promesse ameublit le champ contractuel et facilite d'autant la formation définitive du rapport. Ce balisage opéré par les parties elles-mêmes explique la très grande « simplicité de l'opération par laquelle le bénéficiaire peut transformer l'avant-contrat, en contrat

-
25. La promesse se doit de renfermer les éléments essentiels du contrat envisagé sans quoi elle est invalide : J. DESLAURIERS, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 40 et s. ; D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 203 ; F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 64 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2011, p. 71 ; J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, Paris, L.G.D.J., 1990, p. 160 et 161 ; Pillet sous Civ. 3^e, 8 sept. 2010, *J.C.P.*2010.1051 : « [...] la promesse unilatérale n'est pas l'un des épisodes de la phase de négociation du contrat, mais un accès privilégié au bénéfice d'un contrat dont tous les éléments sont définitivement arrêtés. » 9179-6391 *Québec inc. c. Cantin*, 2009 QCCS 720. Sur la suffisance d'un prix déterminé ou déterminable, cf. *Portelance c. Portelance*, 2010 QCCS 5016, par. 176 ; *Champlain Regional College of General and Vocational Education c. Cie de construction Belcourt ltée*, [1986] R.J.Q. 804, J.E. 86-319, par. 20 (C.S.).
26. *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, 22 septembre 2005. Est identique l'article 34 du *Projet de réforme du droit des contrats* présenté en 2008 par le ministère de la Justice de la République française.

de vente ferme et définitive »²⁷ : l'aval incarné par la levée de l'option assurera l'existence du contrat projeté²⁸.

La phase intérimaire qui s'ouvre est elle-même dénuée de complexité. Une période de latence vient d'être agréée de part et d'autre : l'ébauche de relation contractuelle se satisfait, dans l'immédiat, du silence du titulaire du droit d'option. En réalité, l'effet premier de la promesse unilatérale de contrat consiste à attribuer au bénéficiaire de l'option un véritable droit au silence. Ce dernier se voit accorder une période de réflexion au cours de laquelle il peut se réfugier dans le mutisme²⁹.

Au surplus, le défaut de prendre position ne saurait s'assimiler à une carence ou à une violation contractuelle, car d'obligation il n'est point³⁰. L'indécision n'est nullement fautive en soi. *Le principe de l'irrésolution est de la nature même de la promesse unilatérale de contrat*. Le cocontractant pressenti n'entend pas se commettre. Cette liberté fait ainsi l'objet d'une convention qui différencie, du reste, la promesse unilatérale et la promesse synallagmatique³¹. *A fortiori*, le défaut de lever l'option ne saurait être reproché au candidat acquéreur : le principe de l'option consiste à laisser toute liberté à son bénéficiaire³².

27. B. COUTTENIER, « La durée de l'option dans la promesse unilatérale de vente », *Les Petites Affiches*, 11 mars 1998, p. 4, par. 1.

28. Il est loisible au titulaire de l'option de signaler sa volonté de conclure immédiatement le contrat définitif (art. 1396, al. 2 C.c.Q. ; *Université de Sherbrooke c. Beaudoin*, 2010 QCCA 28). À défaut, la levée de l'option s'analysera, en droit québécois, comme la formation d'une promesse synallagmatique de contrat. Le droit québécois comporte ainsi plus de nuances et de complications que le droit français qui conclut le plus souvent – et sous réserve de l'intention exprimée par les parties – à l'existence du contrat définitif de par la seule levée de l'option.

29. B. COUTTENIER, « La durée de l'option dans la promesse unilatérale de vente », *Les Petites Affiches*, 11 mars 1998, p. 4, par. 1.

30. Le défaut de donner suite à la promesse ne saurait, dès lors, être constitutif d'une faute : M. MIGNOT, « Vente. Nature et forme. Promesse unilatérale de vente », *Juris-Classeur*, art. 1589, fasc. 20, 2008, nos 128, 163 et 215.

31. « La particularité de la promesse unilatérale est de rendre le consentement d'une seule partie irrévocable [...] » : M. MIGNOT, « Vente. Nature et forme. Promesse unilatérale de vente », *Juris-Classeur*, art. 1589, fasc. 20, 2008, n° 3.

32. B. GROSS et P. BIHR, *Contrats. Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2^e éd., Paris, PUF, 2002, p. 63 : « Le bénéficiaire peut ne pas lever l'option ; s'il prend ce parti, il ne méconnaît pas son engagement puisque le propre de la promesse est de lui laisser la liberté de sa décision. »

La potestativité réside entièrement dans la faculté qu'a le bénéficiaire de l'option de préserver l'expectative³³. Son silence en est l'expression la plus criante... Les parties contractualisent l'attentisme. Le promettant concède un droit au silence puisqu'il ménage au bénéficiaire un véritable délai de réflexion ; à défaut de respecter ce délai, le promettant s'expose d'ailleurs à une condamnation à des dommages et intérêts³⁴. L'attente dans laquelle s'enferme le promettant fait de la promesse de contrat une convention institutionnalisant, dans un premier temps du moins, l'inaction des parties. L'inaction **mutuelle** est l'objet du pacte – en ce sens que la promesse

-
33. La potestativité perdure tant que le titulaire du droit d'option n'a pas affiché sa résolution. Comp. S. NEUVILLE, « Promesse de contrat et contrat d'option », dans *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 783-803, à la p. 790 : « Le pouvoir des droits potestatifs serait seulement secondaire et transitoire puisqu'un acte de volonté unilatérale serait nécessaire pour quitter le domaine de la potestativité ».
34. La nature pécuniaire du dédommagement – en lieu et place de l'exécution forcée de la promesse – atténue pourtant la sacralité du délai de réflexion. Encore convient-il de différencier les solutions retenues en droit français et en droit québécois. La jurisprudence française se contente d'allouer des dommages et intérêts advenant la rétractation de la promesse. Les effets attribués au silence par les parties elles-mêmes sont alors moins catégoriques qu'il n'y paraît. Comme le relève un auteur français : « S'il lève l'option seulement après la rétractation du promettant, il ne peut se voir octroyer que des dommages et intérêts. Dès lors, l'option serait subordonnée à la plus ou moins grande promptitude du bénéficiaire. L'institution perd donc en sérénité, alors qu'elle tend normalement à ménager un délai de réflexion au bénéficiaire. » : B. COUTTENIER, « La durée de l'option dans la promesse unilatérale de vente », *Les Petites Affiches*, 11 mars 1998, p. 4, par. 17. Épris de nuances, le droit québécois protège davantage le temps de réflexion accordé au titulaire de l'option. La rétractation de la promesse peut être contrée par une demande d'injonction interlocutoire, à moins que le bien en cause n'ait déjà été vendu à un tiers : l'article 1397 C.c.Q. fait alors échec à l'opposition à la vente et le bénéficiaire de la promesse doit s'en tenir à une action en dommages et intérêts. Cf. D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 204, 205, 218 et 221 ; P.-G. JOBIN et M. CUMYN, *La vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 63 ; D. PRATTE, « Conditions de formation du contrat », fasc. 3, *Jurisclasseur Québec, Collection droit civil : obligations et responsabilité civile*, Montréal, LexisNexis, 2010, p. 3-1 à 3-58, au n° 29, p. 3/1.9 ; V. KARIM, « Les recours appropriés en cas d'une offre ou promesse acceptée : l'action en passation de titre, l'action en exécution forcée et l'action en dommages et intérêts », (1991) 94 *R. du N.* 3, 24 et 25. Le titulaire de l'option vexé par les velléités émancipatrices du promettant vendeur peut également envisager la préinscription de sa demande en justice : J. DESLAURIERS, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 59 et 60. Le droit québécois n'est donc aucunement opposé à l'exécution en nature de la promesse unilatérale. Aussi la rétractation formulée par le promettant demeure-t-elle sans effet aucun tant et aussi longtemps qu'il ne s'est pas départi de son bien.

durera le temps que durera le silence de son bénéficiaire et en ce sens que le promettant contracte une obligation de ne pas faire³⁵.

Cette inaction est bordée par le devoir de prendre parti au risque de voir l'option s'évanouir. L'inaction symbolise à la fois le pouvoir et ce qui concourt à sa perte... Très paradoxalement, l'inaction est la faculté accordée au bénéficiaire ainsi que la cause de l'effrètement définitif de l'option. La promesse naît par un silence concédé et s'éteint par un silence ininterrompu : la levée de l'option nécessite un comportement qui s'extirpe du mutisme.

1.2 L'extinction tacite du droit d'option : du relativisme du droit au silence

Le défaut de prendre position participe à la perte du droit d'option. L'inertie ininterrompue du bénéficiaire de l'option s'oppose à la mise en œuvre du contrat proposé. Le titulaire du droit d'option accepte forcément de s'astreindre à manifester sa volonté pour peu qu'il entende se prévaloir du droit conféré.

Reste à connaître le délai à l'intérieur duquel la partie doit afficher sa résolution : un silence d'une durée exorbitante suffit-il à entraîner l'extinction de l'option accordée ? L'omission *pure et simple* de prendre parti fait irrémédiablement échec à l'entente envisagée. Tout autre est cependant la question du sort réservé à l'option levée à l'issue d'un long délai. Ce second cas de figure incite le juriste

35. Tant que dure l'option, le promettant s'interdit de se départir du bien et de consentir sur celui-ci des droits de nature à léser, à terme, le titulaire de l'option. Rapp. D.-C. LAMONTAGNE, *Droit de la vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 16 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2011, p. 72 ; M. MIGNOT, « Vente. Nature et forme. Promesse unilatérale de vente », *Juris-Classeur*, art. 1589, fasc. 20, 2008, nos 123 et 154 ; L. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 11, Montréal, Wilson & Lafleur, 1961, p. 83. La conclusion d'un pacte de préférence emporte également la limitation du droit d'action du propriétaire du bien en cause (C. PAULIN, « Promesse et préférence », *RTDcom*.1998.511, 514 et la jurisprudence citée *supra*, note 10). Sur le plan théorique, d'aucuns objecteront que la soi-disant « obligation de ne pas faire » n'est rien d'autre que la force obligatoire du contrat, laquelle préside au respect de la parole donnée : D. MAZEAUD, « Exécution des contrats préparatoires », *RDC*.2005.61, par. 10. La conceptualisation de l'obligation imposée au promettant fait l'objet de remarques pénétrantes par G. PIGNARRE, « À la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du code civil », *RTDciv*.2001.41, 64 à 67 ; Pignarre sous Civ. 3^e, 8 sept. 2010, *G.P.*, 2 déc. 2010, n° 335, p. 15, par. 14 et s. Pour une autre analyse novatrice, cf. PIMONT sous Civ. 3^e, 25 mars 2009, *RDC*.2009.1089.

à scruter « les effets du temps sur la force de l'engagement du promettant »³⁶.

Quatre hypothèses très distinctes se dessinent et sont autant de mécanismes différents propres à engendrer l'extinction du droit d'option. Il importe de bien les départager, *car leurs conditions de mise en œuvre ne sont aucunement comparables* :

1. L'option peut devenir caduque en présence d'un délai contractuel implicite.
2. L'option peut s'éteindre si le titulaire de l'option s'abstient de répondre à la mise en demeure du promettant le sommant de prendre parti.
3. L'option peut s'évanouir si le bénéficiaire renonce tacitement ou ouvertement au contrat proposé.
4. L'option peut disparaître de par le jeu de la prescription.

1.2.1 L'hypothèse du délai contractuel implicite

Les parties auront parfois convenu d'une stipulation tacite de délai³⁷. Le délai implicite de mise en œuvre de l'option sera occasionnellement une suite indiscutable résultant de *la nature* du contrat proposé. Une telle interprétation de la volonté commune des parties peut souvent paraître artificielle encore que les faits permettent quelquefois d'attester sa véracité³⁸.

La volonté du promettant de se départir rapidement de son bien, au su du titulaire de l'option³⁹, ou encore le caractère saison-

36. Cette formulation est empruntée par analogie au professeur COLLART-DUTILLEUL, « La durée des promesses de contrat », *RDC*.2004.15, 17.

37. MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 2, *Principaux contrats : vente et échange*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1987, p. 80 ; B. GROSS, « Contrats. Vente commerciale. Consentement », *J.Cl. Contrats-distribution*, fasc. 250, 1983, n° 90 ; J.-L. BERGEL, *Les ventes d'immeubles existants*, Paris, Litec, 1983, p. 229 et 234.

38. Nîmes, 6 juin 1871, S.1872.2.67 ; Nîmes, 27 déc. 1870, S.1872.2.67. Rapp. Civ. 3^e, 20 mai 1992, Bull. III, n° 164, p. 100 ; D.1992.somm.397, obs. Aubert ; *RTDciv*.1993.345, obs. Mestre ; *J.C.P.*1992.IV.2074.

39. Voir, par analogie, Civ. 3^e, 20 mai 1992, Bull. III, n° 164, p. 100 ; D.1992.somm.397, obs. Aubert ; *RTDciv*.1993.345, obs. Mestre ; *J.C.P.*1992.IV.2074.

nier⁴⁰ ou périssable du bien promis, sont autant de circonstances susceptibles de donner naissance à un terme implicite. L'expiration du délai implicite *suffit* alors à entraîner la disparition de l'option sans qu'il importe de cerner la volonté de la partie demeurée passive.

1.2.2 L'hypothèse de la mise en demeure du promettant laissée sans réponse

Le promettant peut faire cesser l'équivoque en sommant son contractant de prendre parti. Cette solution reçoit un large appui doctrinal au Québec comme en France⁴¹. Pareille interpellation peut résulter notamment de l'annonce par le promettant de l'offre formulée par un tiers⁴².

40. Qu'il suffise de songer à une collection vestimentaire saisonnière promise à un commerçant.

41. D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 209 ; P.-G. JOBIN et M. CUMYN, *La vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 64 ; D.-C. LAMONTAGNE, *Droit de la vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 18 ; Amrani-Mekki sous Civ. 3^e, 25 mars 2009, D.2010.Pan.228 ; M. MIGNOT, « Vente. Nature et forme. Promesse unilatérale de vente », *Juris-Classeur*, art. 1589, fasc. 20, 2008, n^{os} 151 et 152 ; S. NEUVILLE, « Promesse de contrat et contrat d'option », dans *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 783-803, à la p. 796 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2011, p. 74 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 6^e éd., Paris, Litec, 2008, p. 55 ; F. COLLART-DUTILLEUL, « La durée des promesses de contrat », *RDC.2004.15*, 23 ; B. GROSS et P. BIHR, *Contrats. Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2^e éd., Paris, PUF, 2002, p. 60 ; B. COUTTENIER, « La durée de l'option dans la promesse unilatérale de vente », *Les Petites Affiches*, 11 mars 1998, p. 4, par. 23 ; F. GARRON, *La caducité du contrat (Étude de droit privé)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, p. 91 ; Mestre sous Com., 26 janv. 1993, *RTDciv.1994* ; P. FIESCHI-VIVET, « Contrats et obligations. Promesse de contrat. Introduction et notion », 1^{er} App. art. 1134 et 1135, fasc. 1, 1988, n^{os} 47 et 48 ; P. FIESCHI-VIVET, *La promesse de contrat*, thèse Lyon II, 1973, p. 133 à 137 ; I. NAJJAR, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 209 et 210 ainsi que les explications détaillées de F. BÉRAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, Bibl. de droit privé, t. 177, Paris, L.G.D.J., 1983, p. 42. Un courant très isolé milite en faveur de la reconnaissance d'une faculté de résiliation bien plus considérable au motif que la promesse de contrat sans délai d'option appartient à la catégorie des conventions à durée indéterminée. Seule la résiliation abusive se verrait alors interdite : C. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat*, t. III, 1^{re} partie, *Conditions de formation*, 6^e éd., Paris, Economica, 2007, p. 279 et comp. l'essai interprétatif de Y.-M. Laithier au sujet de Civ. 3^e, 25 mars 2009, *RDC.2009.995*.

42. Le droit se satisfait d'une « interpellation suffisante ». *Cf.*, par analogie, l'article 1139 C.c.fr.

La formalité de la mise en demeure prémunit le promettant puisque le titulaire de l'option est forclos de se plaindre de son éviction ultérieure :

L'intérêt de la mise en demeure serait uniquement, si elle est faite après l'expiration d'un délai raisonnable⁴³ et qu'aucune réponse du bénéficiaire n'est intervenue dans un délai également raisonnable, de se retirer du contrat sans que cela constitue un manquement contractuel.⁴⁴

À elle seule, la formalité de la mise en demeure postule l'ambiguïté du silence observé antérieurement par le titulaire du droit d'option. L'interpellation a précisément pour finalité de dissiper l'équivoque entretenue par le comportement passif du bénéficiaire de la promesse. Autant dire que le silence préalable à la mise en demeure ne saurait valoir *per se* renonciation à l'option consentie.

Une solution analogue prévaut, au Québec, à propos de la *promesse synallagmatique* de vente. Sauf exception, la conclusion d'une promesse synallagmatique n'emporte pas la formation de la vente comme telle. L'acte définitif n'étant toujours pas conclu, le promettant est en droit de sommer son cocontractant retardataire de signer le contrat dans un délai raisonnable. Le défaut de réponse est susceptible de signaler la caducité de la promesse synallag-

43. La doctrine française a tendance à subordonner le droit de mettre en demeure le titulaire du droit d'option à l'expiration préalable d'un délai raisonnable : S. NEUVILLE, « Promesse de contrat et contrat d'option », dans *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 783-803, à la p. 796 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Paris, Defrénois, 2011, p. 72. Rapp. D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 209. **L'adjonction de ces deux délais est la solution que retient le législateur québécois à l'article 1512, al. 1 C.c.Q.** : « Lorsque les parties ont convenu de retarder la détermination du terme ou de laisser à l'une d'elles le soin de le déterminer et qu'à l'expiration d'un délai raisonnable, elles n'y ont point encore procédé, le tribunal peut, à la demande de l'une d'elles, fixer ce terme en tenant compte de la nature de l'obligation, de la situation des parties et de toute circonstance appropriée ». Au surplus, l'article 1396 C.c.Q. intime au promettant d'accorder un délai raisonnable au bénéficiaire d'une option à durée indéterminée (cf. notre analyse de cette disposition *infra*, p. 371 à 374). Notons enfin qu'un courant doctrinal minoritaire accorderait au promettant la faculté « à tout moment » d'intimer au cocontractant de trancher le sort de l'option : F. BÉRAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, Bibl. de droit privé, t. 177, Paris, L.G.D.J., 1983, p. 42.

44. Amrani-Mekki sous Civ. 3^e, 25 mars 2009, D.2010.Pan.228 (notre soulignement) et, à titre d'illustration, Colmar, 6 juill. 1966, D.1967.Somm.54.

matique⁴⁵. Or, la jurisprudence confond parfois la caducité, la renonciation et la déchéance⁴⁶. Une fois la sommation lancée, l'écoulement d'un délai raisonnable suffit à emporter la caducité de la promesse bilatérale *sans qu'il faille s'interroger sur les desiderata de la partie demeurée passive*.

1.2.3 L'hypothèse de la renonciation tacite

Il est évidemment loisible au titulaire de l'option de se détourner du contrat proposé et de renoncer, expressément ou tacitement, à son droit d'option. Cette perspective rend inutile toute mise en demeure de la part du promettant⁴⁷ : le bénéficiaire de l'option s'étant résolu à ne point se porter acquéreur, il serait futile de le sommer de prendre position.

1.2.3.1 Remarques liminaires sur la différenciation entre la renonciation et la résiliation

La renonciation est l'œuvre d'une volonté solitaire. Seul le titulaire du droit d'option est appelé à souscrire l'acte extinctif. Sa volonté ne remet d'ailleurs pas en cause l'avant-contrat comme tel. La promesse unilatérale n'est aucunement révoquée ; c'est le contrat anticipé ou escompté qui ne verra tout simplement pas le jour. Le défaut d'exercer l'option s'entend donc d'un acte unilatéral.

45. *Fradette c. Fradette*, 2007 QCCS 1408, par. 86 et 142. La solution retenue est indiscutable même si la disposition invoquée, l'article 1392 C.c.Q., ne saurait recevoir application en l'espèce : le dénouement d'une promesse synallagmatique demeurée sans suite ne saurait se fonder sur une disposition législative consacrée au sort d'une offre – un acte unilatéral – qui sombre dans l'indifférence.

46. Voir, entre autres exemples, *Sabelli c. Chaussé*, [1988] R.L. 597 (C.A.) : la cour emploie indifféremment les termes « renonciation » et « déchéance » et conclut cavalièrement à l'existence d'une renonciation tacite alors que les faits de l'espèce excluaient toute volonté abdicatrice. Ainsi qu'en témoigne la formulation retenue par le code rural français, il arrive également au législateur de commettre pareil amalgame. Sitôt informé du vœu du propriétaire de procéder à la vente de son fonds de terre, le bénéficiaire du droit de préemption dispose de deux mois pour se manifester. Le défaut de réponse à l'intérieur de ce délai entraîne la « forclusion, son silence équivalant à une renonciation au droit de préemption. » : art. L. 412-8, al. 3 du *Code rural et de la pêche maritime*.

47. Civ., 4 avril 1949, *D.*1949.316 ; *RTDciv.*1949.423, obs. Carbonnier ; *Boisvert c. Bournival*, [1984] C.A. 133, 135 (motifs du juge Vallerand en son nom propre).

1.2.3.1.1 L'anéantissement de l'avant-contrat recherché par le promettant

Il en ira autrement si le *promettant* entend mettre fin à la promesse de contrat. Sa volonté unique est impuissante à anéantir l'avant-contrat. La promesse unilatérale est une convention pourvue de force obligatoire de sorte que le promettant n'est aucunement admis à résilier unilatéralement cet accord⁴⁸. Rien n'interdit toutefois au titulaire de l'option éconduit de convenir, même passivement, de l'extinction de leur convention. Cette décision réciproque consacre alors la résiliation bilatérale de l'accord originel⁴⁹. Pareille convention extinctrice nommée *mutuus dissensus*⁵⁰ est régie par les articles 1433 C.c.Q. et 1134, al. 2 C.c.fr.⁵¹.

La dénonciation irrégulière de l'avant-contrat donne ainsi parfois lieu à la résiliation tacite de cette entente lorsque la partie aban-

48. D.-C. LAMONTAGNE, *Droit de la vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 18 : « [...] l'option constitue un contrat, auquel on ne peut normalement échapper de façon unilatérale » ; A. POPOVICI, « Les avant-contrats », (1995) 1 *C.P. du N.* 130, 153 ; L. FARIBAULT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 11, Montréal, Wilson & Lafleur, 1961, p. 80 ; M. MIGNOT, « Vente. Nature et forme. Promesse unilatérale de vente », *Juris-Classeur*, art. 1589, fasc. 20, 2008, n^o 248 ; P. FIESCHI-VIVET, « Contrats et obligations. Promesse de contrat. Introduction et notion », 1^{er} App. art. 1134 et 1135, fasc. 1, 1988, n^o 47 ; *Langlois c. Prével*, 2007 QCCQ 5836 ; *Moreault c. Bouchard*, 2007 QCCQ 2301 ; 2760-1699 *Québec inc. c. Lamarre*, [2004] R.D.I. 128 (C.S.) ; *Langevin c. Duval*, (1913) 20 R.L. n.s. 1 (C.S.) ; Montpellier, 4 févr. 1924, *D.H.* 1924,340 et l'extrait de l'arrêt de la Cour de cassation (Civ., 4 avril 1949) cité *infra*, p. 358. Le même principe est à l'œuvre en présence d'une promesse synallagmatique préalable à l'élaboration du contrat définitif : *Quévillon c. Bouffard*, 2007 QCCQ 11182 ; *Mercier c. 9050-0752 Québec inc.*, 2007 QCCQ 13897, par. 42 ; *Moisan c. Veliotis*, [1987] R.D.I. 140, 145 (C.A.).

49. Or, la jurisprudence ne fait pas toujours cette distinction et elle se contente souvent de se demander si le silence du titulaire de l'option traduit sa « renonciation » au droit d'option : *Carignan c. Bourassa*, 2011 QCCQ 3500 (promesse unilatérale) ; *Moisan c. Veliotis*, [1987] R.D.I. 140 (C.A.) (promesse synallagmatique).

50. La résiliation conventionnelle d'un avant-contrat n'a rien d'inconcevable : A. POPOVICI, « Les avant-contrats », (1995) 1 *C.P. du N.* 130, 142 ; Moury sous Com., 26 janv. 1993, *D.* 1994,69, 72 ; J. PICARD, *Technique de la vente d'immeuble. Avant-contrat - L'acte de vente*, Paris, Litec, 1984, p. 131 et 132 ; *Larose c. Bolduc*, J.E. 2004-1476, par. 78 (C.Q.).

51. La nature particulière d'une telle entente, fruit de la volonté émancipatrice de l'une des deux parties, sera fouillée dans notre ouvrage (*La portée juridique du silence et de l'inaction en droit privé*) à paraître aux Éditions Yvon Blais en 2012. Sur la dénonciation du contrat, voir, de manière plus générale, l'étude pénétrante signée par A. BRÈS, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Bibl. de droit de l'entreprise, vol. 80, Mercuès, Litec, 2009.

donnée décide, elle aussi, de se détourner de l'accord préliminaire⁵². L'interprétation du silence observé par la partie devenue subitement esseulée relève de l'appréciation factuelle : il revient au tribunal d'analyser les circonstances de l'espèce de manière à déterminer si le défaut de protestation s'entend *véritablement* d'un acquiescement à la résiliation amiable de la promesse unilatérale.

Le comportement du promettant intime le mode d'analyse du silence du titulaire du droit d'option. Aussi importe-t-il de différencier très nettement :

- 1) le refus du promettant de donner suite à l'avant-contrat ;
et
- 2) la décision du promettant de forcer le choix de son cocontractant en le sommant de faire connaître sa volonté d'exercer ou non son droit d'option.

Dans la première hypothèse, l'acte unilatéral du promettant est une violation de l'entente. Il demeure par conséquent sans effet⁵³, à moins que le défaut de protestation du titulaire du droit d'option traduise un véritable assentiment à l'anéantissement de l'avant-contrat.

Dans la seconde hypothèse, il devient inutile de sonder la volonté interne de la partie passive : le silence observé par le titulaire de l'option au-delà du délai raisonnable accordé emporte la caducité de l'avant-contrat⁵⁴.

1.2.3.1.2 L'anéantissement du droit d'option recherché par son bénéficiaire

L'hypothèse de la renonciation au droit d'option fait appel à des considérations différentes. Le droit d'option a été conféré en propre à une partie seulement et il est du ressort de cette dernière de se prononcer souverainement sur l'usage qu'elle compte en faire. Seule prime alors l'étude de la volonté du titulaire du droit d'option.

52. Ce thème sera approfondi dans l'ouvrage mentionné à la note précédente.

53. Le promettant fautif s'expose à une condamnation à des dommages et intérêts en droit français, tandis que le droit québécois autorise le titulaire de l'option à solliciter l'exécution en nature tant et aussi longtemps que le bien en cause n'a pas été attribué à un tiers (art. 1397 C.c.Q.).

54. Cf. nos précisions *supra*, p. 353 et 354.

La question cardinale consiste à savoir si le silence prolongé du titulaire de l'option suffit à traduire son désintéret définitif envers le contrat proposé. Le droit français consacre une solution empreinte de nuances, tandis que le droit québécois semble hésiter quant à la règle qu'il sied de retenir. L'interprétation du silence prônée en droit français rend à l'institution de la renonciation sa juste fonction : l'abandon d'un droit suppose une volonté arrêtée en ce sens et celle-ci ne saurait se déduire en l'absence d'indices concluants. Aussi convient-il d'examiner la rigueur de la solution retenue en France avant de procéder à l'examen des différentes thèses envisageables en droit québécois.

1.2.3.2 Remarques sur la caractérisation de la renonciation tacite

1.2.3.2.1 La rectitude de la solution française

Le droit français singularise le régime juridique de la promesse de contrat par rapport à celui de l'offre. Alors qu'une offre doit, en principe du moins, être acceptée à l'intérieur d'un délai raisonnable à défaut de quoi elle devient caduque⁵⁵, il en va autrement de la promesse unilatérale de contrat. L'expiration d'un délai raisonnable ne suffit pas, à elle seule, à désinvestir le bénéficiaire de son droit d'option. Cette différenciation de régime n'a rien de fortuit :

Puisque la promesse est un contrat, le juge ne peut la déclarer caduque au bout d'un délai raisonnable. La solution est donc différente de celle qui est admise en matière d'offre [...]⁵⁶

55. Un tribunal est en droit d'estimer qu'une offre comporte « implicitement » un délai raisonnable d'acceptation et qu'un consentement fourni neuf années après la sollicitation se voit privé d'effet pour cause de tardiveté : Civ. 3^e, 21 oct. 1975, Bull. III, n^o 302, pourvoi n^o 74-11.599. Voir, en termes plus vigoureux encore, Civ. 3^e, 20 mai 2009, *Contrats-Conc.-Cons.* 2009, n^o 214, note Leveneur ; *J.C.P.* éd. N 2010.1001, obs. Piedelièvre. Cette solution se compare à celle retenue à l'article 1392 C.c.Q.

56. P. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 349. Cette analyse emporte l'adhésion de la quasi-totalité de la doctrine : C. SÉVELY-FOURNIÉ, *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé*, Nouv. bibl. de thèses, vol. 100, Paris, Dalloz, 2010, p. 86 ; J. HUET, *Traité de droit civil* (sous la dir. de J. GHESTIN), *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 435 ; B. COUTTENIER, « La durée de l'option dans la promesse unilatérale de vente », *Les Petites Affiches*, 11 mars 1998, p. 4, par. 22 et 23 ; M. STORCK, « Contrats et obligations. Promesse unilatérale de contrat », *Juris-Classeur*, 1^{er} App. art. 1134 et 1135, fasc. 20, 2007, par. 45 ; MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 2, *Principaux contrats : vente et échange*, (à suivre...)

L'écoulement du temps ne délie donc pas, à lui seul, le promettant qui se voit tenu de s'enquérir des dispositions du titulaire de l'option. Ce devoir est rappelé inlassablement par la Cour de cassation :

Attendu que l'auteur d'une promesse de vente qui a eu lieu sans limitation de temps ne peut en être dégagé qu'après avoir mis celui à qui elle a été faite en demeure de l'accepter dans un délai déterminé, à moins qu'il ne soit établi que le bénéficiaire a renoncé à s'en prévaloir.⁵⁷

Cette solution ne saurait étonner. En se gardant bien de fixer le moindre terme, le promettant a fait le choix d'accorder au titulaire de l'option la faculté de se prononcer au moment jugé opportun par celui-ci⁵⁸. La liberté d'action du bénéficiaire de l'option ne fut point enserrée. Partant, le promettant ne saurait lui ravir brusquement cette faculté en lui retirant aussi subitement qu'irrévocablement l'option confiée.

(...suite)

- 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1987, p. 77 et 80 ; B. GROSS, « Contrats. Vente commerciale. Consentement », *J.Cl. Contrats-distribution*, fasc. 250, 1983, n° 90 ; J.-L. BERGEL, *Les ventes d'immeubles existants*, Paris, Litec, 1983, p. 229. La solution retenue est également solidement implantée dans la jurisprudence de la Cour de cassation (Civ. 3^e, 24 avril 1970, *D.1970.Som.176* ; *RTDciv.1971.133*, obs. Loussouarn ; *Defrénois.1971.1049*, note Aubert ; Civ., 10 juin 1941, *S.1941.1.164* ; *RTDciv.1940-1941.602*) et rares sont les cours d'appel qui osent s'en écarter (Rouen, 12 mai 1981, *G.P.1982.1.Som.135*). Sans retenir la thèse de la caducité de la promesse à l'expiration d'un délai raisonnable, certains auteurs se disent toutefois favorables à la fixation d'un terme par le tribunal, une perspective reconnue en toutes lettres en droit civil québécois (art. 1512 C.c.Q.) : P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^e éd., Paris, Defrénois, 2011, p. 223.
57. Civ., 4 avril 1949, *D.1949.316* ; *RTDciv.1949.423*, obs. Carbonnier. Voir, au même effet, Papeete, 5 avril 2001, *Juris-Data* n° 2001-148850 ; Rennes, 10 mai 1994, *Juris-Data* n° 1994-047520 ; Com., 26 janv. 1993, *RTDciv.1994.587*, obs. Mestre ; *D.1994.69*, note Moury ; *Dr. sociétés*, avril 1993, n° 76, note Le Nabasque ; Civ. 3^e, 24 avril 1970, *D.1970.Som.176* ; *RTDciv.1971.133*, obs. Loussouarn ; *Defrénois.1971.1049*, note Aubert ; Bordeaux, 29 juin 1964, *G.P.1964.2.362* ; Nancy, 10 juin 1955, *JCP.1955.IV.123* ; Civ., 10 juin 1941, *S.1941.1.164* ; *RTDciv.1940-1941.602* ; Montpellier, 4 févr. 1924, *D.H.1924.340*. À rapprocher : *Langevin c. Duval*, (1913) 20 R.L. n.s. 1 (C.S.), ainsi que le principe formulé par les juges majoritaires à propos d'une promesse synallagmatique dans l'arrêt *Moisan c. Veliotis*, [1987] R.D.I. 140, 145 (C.A.) et de *Deveaux c. Lambert*, [2003] R.L. 558 (C.Q.).
58. N'estime-t-on pas à juste titre que « la promesse doit être considérée comme une convention fixant le consentement dans le temps. Par la convention, la volonté des parties a donné au consentement du promettant sa permanence » : C. PAULIN, « Promesse et préférence », *RTDcom.1998.511*, 517.

i) *Une solution empreinte de nuances*

Un principe connexe conforte le caractère obligatoire de la mise en demeure : **un silence inexpliqué et prolongé n'est nullement concluant en soi**. Aussi le promettant ne peut-il se dégager unilatéralement de son engagement au *seul* motif que le temps écoulé a rendu la promesse nulle et non avenue. Cette position de principe est formulée catégoriquement dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les fondements de cette solution auront été arrêtés dès 1941. L'auteur d'une promesse unilatérale de vente s'autorise d'un délai de plus de six années pour rompre son engagement et il en avise par lettre le titulaire du droit d'option. Ce dernier lui notifie, dès le lendemain, sa volonté de passer acte. La Cour d'appel d'estimer que le titulaire de l'option devait être réputé avoir « refusé » la promesse de vente « pour ce seul motif qu'il était resté dans l'inaction pendant sept années ». La Cour d'appel institue, de la sorte, une *présomption de renonciation tacite de par le temps écoulé*. La Cour de cassation lui en fait grief en ces termes :

Mais attendu qu'en décidant ainsi, en l'absence de toute mise en demeure du promettant et *sans relever aucune circonstance* de nature à établir que Domec avait entendu renoncer au bénéfice de la promesse [...], le jugement n'a pas donné de base légale à sa décision.⁵⁹

Il convient de bien saisir la nuance de la solution exposée. **Un silence, même prolongé, ne fait pas naître de présomption de renonciation à la promesse unilatérale de vente⁶⁰, sauf si des**

59. Civ., 10 juin 1941, S.1941.1.164 ; *RTDciv.*1940-1941.602, obs. Carbonnier (nos italiques).

60. B. GROSS et P. BIHR, *Contrats. Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2^e éd., Paris, PUF, 2002, p. 60 ; M. MIGNOT, « Vente. Nature et forme. Promesse unilatérale de vente », *Juris-Classeur*, art. 1589, fasc. 20, 2008, n^{os} 151, 246 et 247 et, déjà au même effet, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *J.Cl.*, précité, art. 1589, fasc. 2, 1986, n^{os} 109 et 115 ; P. FIESCHI-VIVET, « Contrats et obligations. Promesse de contrat. Effets », *Juris-Classeur*, 1^{er} App. art. 1134 et 1135, fasc. 3, 1988, n^o 47. De manière apparentée, d'autres auteurs refusent de conclure à la caducité de la promesse de contrat à durée indéterminée tant et aussi longtemps que le délai de prescription n'est pas acquis : C. SÉVELY-FOURNIÉ, *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé*, Nouv. bibl. de thèses, vol. 100, Paris, Dalloz, 2010, p. 86 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 202. Rapp. J. HUET, *Traité de droit civil* (sous la dir. de J. GHESTIN), *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 435 ; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 349 ; MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 2, *Principaux contrats : vente et échange*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1987, p. 77 ; P. FIESCHI-VIVET, (à suivre...)

circonstances particulières se présentent et permettent de donner un sens autre à la passivité du titulaire du droit d'option. Le juge du fond est tenu de relever l'existence de circonstances particulières à défaut de quoi le silence demeure dépourvu de signification.

Un rapport de nécessité doit par ailleurs exister entre la circonstance repérée et le sens attribué au silence. Le caractère impératif que présente la recherche de ces circonstances est très nettement souligné dans la jurisprudence ultérieure de la Cour :

Attendu que la renonciation à un droit ne se présume pas et ne saurait s'induire nécessairement d'un oubli⁶¹, d'une abstention ou d'une omission ;

Attendu que par lettres des 25 juillet et 18 août 1955, les consorts Vivent Etchepare ont offert à Mendiondou, leur locataire, de lui vendre, moyennant le prix de 12 millions de francs, la villa « El Hogar », sise à Anglet, dont ils étaient propriétaires indivis ; qu'aucun délai d'option n'a été fixé ; que, par lettre recommandée du 11 avril 1956, Mendiondou a déclaré accepter l'offre qui lui avait ainsi été faite ;

Attendu que, statuant sur l'action engagée par le bénéficiaire à la suite du refus des consorts Vivent Etchepare de signer l'acte authentique de vente, l'arrêt confirmatif attaqué a rejeté la demande aux motifs que Dendiondou [sic] sur une assignation en validation de congé et en expulsion qui lui avait été précédemment délivrée par les propriétaires, « ne s'était jamais prévalu d'une option quelconque qui lui aurait été consentie par l'indivision ... et que si à cette époque, il avait pu se prétendre propriétaire de la villa... il n'aurait pas manqué de soulever cette exception ... alors qu'au contraire, il s'est contenté de se défendre en sa qualité de simple occupant... » ;

Attendu qu'en ne recherchant pas si une telle omission impliquait, de la part de Mendiondou, une renonciation au droit d'accepter l'offre de vente à lui faite, l'arrêt attaqué n'a pas donné de base légale à sa décision.⁶²

(...suite)

La promesse de contrat, thèse Lyon II, 1973, p. 131 et 132 ; Loussouarn à propos de Civ. 3^e, 24 avril 1970, *RTDciv.*1971.133, 134. Pour une opinion contraire, sans renvoi aucun à la jurisprudence de la Cour de cassation : J. PICARD, *Technique de la vente d'immeuble. Avant-contrat - L'acte de vente*, Paris, Litec, 1984, p. 131.

61. Pour une décision analogue en droit québécois, cf. *Agropur, coopérative agro-alimentaire c. Arjou (Ville d')*, J.E. 2001-439 (C.S.).

62. Civ. 1^{re}, 15 oct. 1962, Bull. I, n^o 418, p. 359 ; G.P.1963.1.Somm.7 ; D.1963.Som.47 (nos italiques).

L'insuffisance des motifs est dénoncée par la Cour de cassation. Cette décision est, en vérité, empreinte d'une nuance très opportune. Le silence ne possède aucune signification présumée, mais aucun sens n'est exclu d'emblée pour autant. Il appartient au juge du fond de cerner les circonstances propres à attribuer à l'inaction une portée particulière, tout comme il lui revient de vérifier le rapport de nécessité entre l'inaction observée et la volonté réelle de se détourner du contrat proposé. Pareil rapport de nécessité faisait manifestement défaut en l'espèce : le fait pour un locataire de s'opposer à un avis d'expulsion en sa qualité propre ne signalait d'aucune façon la volonté de renoncer à une promesse de vente formulée peu de temps auparavant⁶³.

ii) Une solution éprise d'originalité

L'approche casuistique retenue tranche très nettement avec la jurisprudence classique des tribunaux français et québécois en matière de renonciation tacite. La position consacrée veut que le silence ne puisse suffire à manifester la volonté de renoncer à un droit⁶⁴.

63. Cf. d'ailleurs Bordeaux, 29 juin 1964, *G.P.*1964.2.362 ; Civ. 1^{re}, 28 févr. 1966, Bull. I, n° 146.

64. Ce principe est avéré en droit français ainsi qu'en droit québécois. La position de la Cour de cassation se veut imperturbable et la Cour d'appel du Québec prône une interprétation semblable : Civ. 1^{re}, 19 févr. 1991, Bull. I, n° 66, p. 42 ; *Deffrénois* 1991, p. 953, obs. Massip : « [...] la renonciation à un droit ne se présume pas et ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté d'y renoncer, laquelle ne peut se déduire [...] de l'inaction [...] la cour d'appel a [ainsi] violé le texte susvisé [art. 1134 C.c.fr.] » ; Civ. 3^e, 19 mars 2008, *G.P.*2008.2529, note Brault ; *RTDciv.*2008.294, obs. Fages ; *RTDciv.*2008.688, obs. Gautier ; *D.*2008.1056 ; Civ. 2^e, 10 mars 2005, Bull. I, n° 68, p. 61 ; Civ. 1^{re}, 1^{er} mars, 2005, Bull. I, n° 108, p. 93 ; *RTDciv.*2005.393, obs. Mestre et Fages ; Civ. 2^e, 20 juin 2002, Bull. II, n° 138, p. 110 ; Civ. 1^{re}, 3 oct. 2000, Bull. I, n° 231, p. 152 ; Civ. 3^e, 26 janv. 1994, *J.C.P.* éd. N II.183 : « Aucune renonciation au jeu de la clause d'indexation prévue à un bail ne résulte de la circonstance que le bailleur ne s'en est pas prévalu pendant plusieurs années » ; Civ. 1^{re}, 5 juill. 1989, Bull. I, n° 281, p. 186 ; Civ. 3^e, 20 janv. 1976, Bull. III, n° 26, p. 19 ; *J.C.P.*1976.IV.84 ; Civ. 3^e, 7 oct. 1975, Bull. III, n° 282, p. 214 ; Civ. 3^e, 5 mars 1971, Bull. III, n° 175, p. 128 ; Com., 13 déc. 1960, Bull. III, n° 410, p. 372 ; *Droit de la famille – 3727*, [2000] R.D.F. 626, J.E. 2000-1922, par. 38 (C.A. Qué.) : « Le Code civil du Québec, à son article 2924, prévoit un délai de prescription de 10 ans dans le cas des arrérages de pension alimentaire. En principe, le débiteur alimentaire dispose donc du droit de recours jusqu'à l'échéance de ce délai. Si, par interprétation, l'on devait conclure que l'inaction d'une partie pendant une période inférieure au délai de prescription constitue, de ce seul fait, une fin de non-recevoir à son recours, il me semble que l'on écarterait une disposition claire de (à suivre...)

Or, la solution retenue en matière de promesse unilatérale de contrat se veut bien plus nuancée. Les tribunaux supérieurs invitent le juge du fond à énoncer les circonstances propres à conférer au silence une expressivité particulière⁶⁵, sachant que le seul passage du temps ne saurait constituer pareille circonstance. Aussi est-il excessif de prétendre que le silence ne saurait jamais attester la volonté de renoncer à une promesse unilatérale de contrat⁶⁶.

Cette dérogation partielle à un principe consacré – l'inexpressivité du silence à valoir renonciation – s'entend parfaitement. La renonciation à une promesse de contrat a ceci de particulier qu'elle s'accompagne d'un *affranchissement envers des obligations futures*. La renonciation passe généralement par l'anéantissement d'un droit d'ores et déjà acquis. En l'occurrence, la renonciation participe plutôt d'un désintéret consommé envers une simple perspective. La renonciation n'est plus, du reste, pure abnégation. En délaissant la perspective d'un contrat, le renonçant se trouve aussi libéré de toute obligation de nature contractuelle. La renonciation à la promesse de contrat a pour spécificité de faire échec à la naissance d'obligations contractuelles. *Aussi la renonciation à une promesse unilatérale peut-elle s'accommoder d'un régime différent quant à ses modes d'expression*. La rigidité de la règle traditionnelle paraît malavisée, puisque le renonçant échappe à la formation d'un contrat et à ses obligations.

La jurisprudence de la Cour de cassation a aussi ceci de bon qu'elle évite d'attribuer au silence une signification impérative. Aucune présomption d'abandon ne saurait résulter du long délai

(...suite)

la loi. » ; Bastien c. Beaulac, J.E. 2000-1963 (C.S. Qué.) ; *Great-West (La), compagnie d'assurance-vie c. Ménard*, J.E. 96-235, [1996] R.R.A. 53 (C.A. Qué.) ; *Droit de la famille – 2657*, J.E. 97-972 (C.Q.) ; N.T. c. C.S., J.E. 2005-387 (C.A. Qué.) ; G.M. c. T.P., J.E. 2003-98 (C.A. Qué.) ; *Droit de la famille – 3227*, J.E. 2000-96 (C.A. Qué.) ; *Québec (Procureure générale) c. B.T.*, [2005] R.D.F. 709, J.E. 2005-1627 (C.A. Qué.) ; *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Abitbol*, J.E. 99-986, [1999] R.R.A. 718 (C.S. Qué.) : « Tarder à réclamer son dû n'équivaut pas à renoncer à le faire quand le recours n'est pas prescrit. La seule lenteur ou inaction du créancier n'équivaut pas, en l'instance, à renonciation de sa part à réclamer les prêts. » Rappr. Ass. plén. civ., 3 mai 1956, *J.C.P.*1956. II.9345 ; *RTDciv.*1956.553, obs. Carbonnier.

65. Voir déjà Paris, 28 mai 1895, *Pand. fr.* 1896.2.87 et, bien plus récemment, Civ. 3^e, 13 nov. 1986, *Bull. III*, n^o 159, p. 124 ; *JCP.*1987.IV.25.

66. Le doyen Carbonnier semble prôner une interprétation apparentée de l'arrêt du 10 juin 1941, puisqu'il se garde d'écarter l'hypothèse voulant que le silence puisse parfois valoir renonciation tacite.

écoulé. Cette approche casuistique évite tout détournement de la fonction judiciaire. La Cour s'interdit de dénaturer le silence du titulaire de l'option en lui prêtant cavalièrement la volonté de renoncer aux avantages tirés de l'avant-contrat. La Cour se montre ensuite respectueuse des délais de prescription. En instituant une obligation d'agir avec célérité, la Cour aurait déjoué les règles de la prescription extinctive en amputant le délai de prescription préconisé par le législateur⁶⁷.

Au demeurant, la solution retenue se concilie parfaitement avec le rôle accordé au silence en matière de résiliation conventionnelle. La passivité peut, en certaines circonstances, attester le désintérêt définitif de la partie envers un contrat⁶⁸. Si le silence peut signaler la volonté de s'extraire d'un contrat en cours, il en va forcément de même d'un contrat non encore conclu... Le désintérêt envers un contrat et le désintérêt envers une promesse de contrat ne sauraient s'exprimer de manière foncièrement différente.

L'analogie entre la résiliation amiable et la renonciation à une promesse de contrat est plus accentuée encore. Leurs régimes sont apparentés d'autant que leurs effets juridiques convergent. Certes, la renonciation tacite fait appel à une volonté unique, alors que la

67. Comme le souligne de manière pénétrante Carbonnier : « Décider le contraire, faire découler une renonciation tacite de la seule inertie du titulaire d'un droit, ce serait rendre inutile l'institution légale de la prescription extinctive, puisque rien plus ne distinguerait cette renonciation tacite d'une sorte de prescription abrégée, laissée à l'arbitraire des tribunaux. » (*RTDciv.*1940-1941.602, 603).

68. Toulouse, 2 juin 1997, *Juris-Data* n° 1997-041985 ; Civ. 1^{re}, 3 déc. 1985, *Bull. I*, n° 330, p. 296 ; *RTDciv.*1986.747, obs. Mestre ; Trib. gr. inst. Saint-Nazaire, 17 oct. 1961, *J.C.P.*1963, éd. N 13077 ; Civ. 1^{re}, 22 nov. 1960, *D.*1961.89, note Holleaux ; Com., 5 oct. 1955, *Bull. III*, n° 279, p. 232 ; Req., 14 mai 1946, *G.P.*1946.1.265 ; Civ., 24 mars 1937, *S.*1937.1.152 ; Paris, 23 mars 1934, *RTDciv.*1934.841, obs. Demogue ; Douai, 22 janv. 1925, *G.P. Tab.* 1925-1930, « Vente commerciale », n°s 292 et 293 ; Trib. com. Limoux, 15 juin 1922, *G.P.*1922.2.201 ; Trib. com. Le Havre, 24 déc. 1913, *G.P. Table* 1912-1920, p. 724, n°s 311 à 313 ; Trib. com. Marseille, 7 août 1882, *G.P.*1883.2.204 ; Req., 4 déc. 1882, Rép. Dalloz, *Jurispr. générale*, Supplément, t. 18, 1896, p. 842 ; Civ., 7 juill. 1858 (1^{re} et 2^e esp.), *D.P.*1858.1.329 ; *Daigneault (Succession de) c. Potvin*, J.E. 2000-2211, par. 40 (C.S. Qué.) ; *Ville d'Arjou c. Châtillon-Arjou inc.*, [1977] C.A. 175 ; *Christopher c. Tremblay*, [1965] R.L. 253 (C.S.) ; *Ménard c. Hall*, (1915) 23 R.L. n.s. 10 (C. rév. Qué.) ; *McLaurin c. Smart*, (1898) 7 B.R. 554, 567 (B.R. Qué.). La résiliation conventionnelle fondée sur le silence de l'une ou l'autre des parties soulève des enjeux juridiques passablement complexes. Ce thème sera approfondi dans notre ouvrage intitulé *La portée juridique du silence et de l'inaction en droit privé* à paraître aux Éditions Yvon Blais en 2012.

résiliation amiable suppose un accord de volontés. La renonciation à la promesse *unilatérale*⁶⁹ de contrat se satisfait de la seule volonté d'affranchissement du titulaire du droit d'option. Les effets de cette renonciation sont toutefois comparables à ceux de la résiliation conventionnelle. Les deux parties se voient déliées de tout engagement : la résiliation amiable libère d'obligations *en cours* et la renonciation à la promesse unilatérale de contrat affranchit les parties à l'égard d'obligations *éventuelles*. La parenté de ces situations commande des modes d'expression analogues et un régime juridique apparenté.

La renonciation silencieuse à une promesse unilatérale de contrat n'a rien d'incongru. Qu'il suffise de songer au silence prolongé dans des circonstances attestant l'incapacité avérée de conclure le contrat envisagé⁷⁰. Qu'il soit aussi donné de penser au bénéficiaire de la promesse informé d'un fait incompatible et irréversible, telle la vente imminente à un tiers. Le défaut de protestation trahira parfois une authentique volonté de renonciation au droit d'option⁷¹. Il en sera de même du silence conservé des années durant à la suite de l'attribution du bien à un tiers⁷². Ce désintéret inéluctable et sa manifestation silencieuse ne sont pas sans rappeler la jurisprudence relative à la résiliation conventionnelle, au Québec comme en France⁷³. À défaut d'avoir noté ces rapprochements, la doctrine française paraît pourtant afficher une circonspection de bon aloi :

69. *Il en va différemment de l'abandon de la promesse synallagmatique* de contrat. Chaque partie s'étant engagée à conclure le contrat envisagé, l'abandon de cette convention suppose une volonté de déliement commune aux deux parties. Aussi l'extinction de la promesse synallagmatique ne saurait-elle s'analyser au regard de la notion de renonciation. Pareille erreur de qualification s'observe notamment dans l'affaire *Deveaux c. Lambert*, [2003] R.L. 558 (C.Q.) et dans l'arrêt *St-Pierre Gendron c. Bourque*, [1991] R.L. 782 (C.A.) critiqué *infra*, note 75.

70. Civ. 3^e, 13 nov. 1986, Bull. III, n^o 159, p. 124 ; *JCP*.1987.IV.25. En revanche, des difficultés conjoncturelles peuvent expliquer le délai écoulé et démentir toute volonté abdicatrice : Montpellier, 4 févr. 1924, *D.H.*1924.340.

71. Civ. 3^e, 13 nov. 1986, Bull. III, n^o 159, p. 124 ; *JCP*.1987.IV.25 ; Paris, 28 mai 1895, Pand. fr. 1896.2.87. Le silence observé par le bénéficiaire d'un pacte de préférence s'analyse de manière identique : voir nos développements *infra*, p. 389 à 391.

72. Toulouse, 17 mai 1880, S.1880.2.322 (renonciation tacite à un pacte de préférence). Rapp. Nîmes, 27 déc. 1870, S.1872.2.67 ; *Carignan c. Bourassa*, 2011 QCCQ 3500 ; V. KARIM, « Les recours appropriés en cas d'une offre ou promesse acceptée : l'action en passation de titre, l'action en exécution forcée et l'action en dommages et intérêts », (1991) 94 *R. du N.* 3, 14 et 15.

73. Le rôle comparable confié au silence à l'occasion de la résiliation conventionnelle (*mutuus dissensus*) se vérifie en droit québécois comme français : *Ville d'Anjou c. Châtillon-Anjou inc.*, [1977] C.A. 175 ; Req., 14 mai 1946, *G.P.*1946.1.265.

elle postule que le silence ne vaut « normalement »⁷⁴ pas renonciation, sans du moins sembler exclure la possibilité de lui reconnaître pareil rôle en présence de circonstances révélatrices d'une volonté d'abandon du contrat envisagé.

1.2.3.2.2 L'incertitude de la solution québécoise

i) L'ambivalence de la jurisprudence

La mécanique du droit d'option confère naturellement un sens à la passivité. Le bénéficiaire de la promesse ne peut se complaire dans l'inaction s'il entend se prévaloir de son droit d'option. Comme il s'est implicitement engagé à se manifester en cas d'acceptation – c'est là, du reste, la seule « obligation » que lui réserve ce contrat en réalité unilatéral –, une certaine jurisprudence est quelquefois tentée de lui faire grief de son inaction et de lui attribuer, parfois cavalièrement, une volonté renonciatrice du seul fait qu'il ne s'est pas signalé à l'issue d'un délai raisonnable, délai dont la durée est appréciée librement par le tribunal. Une inaction prolongée traduirait le désintérêt de la partie à l'égard de l'option qui lui avait été accordée. Cette solution désavouée en droit français reçoit *occasionnellement* un écho favorable en droit québécois.

La jurisprudence en cause paraît très chancelante⁷⁵. Elle se

74. P. FIESCHI-VIVET, « Contrats et obligations. Promesse de contrat. Effets », *Juris-Classeur*, 1^{er} App. art. 1134 et 1135, fasc. 3, 1988, n° 20 *in fine* et n° 47 ; M. MIGNOT, « Vente. Nature et forme. Promesse unilatérale de vente », *Juris-Classeur*, art. 1589, fasc. 20, 2008, n° 247 ; Aubert sous Civ. 3^e, 24 avril 1970, *Deffrénois* 1971.1049, 1050 ; Carbonnier sous Civ., 10 juin 1941, *RTDciv.*1940-1941.602 et 603.

75. En témoigne l'arrêt *St-Pierre Gendron c. Bourque*, [1990] R.D.I. 782 ; [1991] R.L. 782 (C.A.). Une promesse de vente fut formulée à une partie qui acquitta intégralement le prix d'achat. La signature du contrat tardera toutefois à se réaliser et la promettante décédera dans l'intervalle. La Cour d'appel s'interroge à savoir si une vente fut conclue ou si les parties s'en tinrent à une promesse de vente. C'est oublier l'éventail des quatre cas de figure envisageables : 1) la vente pure et simple ; 2) la vente pourvue d'un terme suspensif (en l'occurrence, le règlement de la succession du mari de la promettante de qui elle tenait ses droits sur les terrains promis) ; 3) la promesse unilatérale ; 4) la promesse synallagmatique. Le prix de vente ayant d'ores et déjà été acquitté (et accepté par la propriétaire), la thèse de la promesse unilatérale est contraire à l'entente survenue : aucun droit d'option n'existe, les deux parties s'étant irrévocablement engagées. La Cour conclura à une renonciation silencieuse de la part de la partie à qui les terrains furent promis, alors qu'elle avait pourtant réglé l'entièreté du prix de vente et s'était manifestée auprès du notaire chargé de la succession de la promettante pour lui rappeler l'existence du contrat conclu avec la défunte. En de telles circonstances, la soi-disant renonciation « silencieuse » est dépourvue de tout (à suivre...)

fonde, le plus souvent, sur de simples *obiter dicta*⁷⁶ et elle est com-

(...suite)

fondement, factuel comme juridique. La convention bilatérale ayant été conclue (et l'acheteur s'étant acquitté de ses obligations), il eût fallu un nouvel accord en sens contraire (*mutuus dissensus*) pour en invalider les effets. Or, aucune des deux parties ne revint sur sa parole. La propriétaire n'était jamais revenue sur sa volonté de vendre les terrains (comment l'eût-elle pu, ayant déjà profité du règlement de la vente...), et la nouvelle propriétaire n'avait pas manqué de déclarer son intérêt à obtenir le règlement définitif de la succession. Que le fils de la défunte ait continué d'occuper l'immeuble pendant un certain temps n'y change rien. En somme, la Cour d'appel se méprend quant à la nature de l'acte juridique requis pour écarter l'entente conclue, tout comme elle attribue une signification erronée au comportement de l'acquéreur. Le calcul du délai reproché à l'appelante n'est pas conforme non plus à la preuve rapportée. La jurisprudence postérieure refuse de conclure aussi aisément à une volonté de dépouillement de la part de la partie s'étant assurée, par l'entremise d'un avant-contrat, d'un droit d'acquisition à l'égard du bien d'autrui : *Lévesque-Albert c. Paradis*, 2011 QCCS 6380, par. 38 ; *Mercier c. 9050-0752 Québec inc.*, 2007 QCCQ 13897, par. 41 ; *Fournelle c. Lamoureux*, J.E. 2004-665 (C.S.) ; *Dussault c. Barranqueiro*, [2004] R.D.I. 309, J.E. 2004-804, par. 49 et 50 (C.S. ; jugement porté en appel) ; *Poirier et Houde c. Turcotte*, C.S. Rimouski, n° 100-05-001606-018, 5 nov. 2003, par. 14 et s.

76. *Lévesque c. Ouellet*, J.E. 2011-1196 (C.Q. ; *obiter dictum* dans cette affaire portant, de surcroît, sur une promesse proprement synallagmatique. Or, la confusion opérée entre la promesse unilatérale et la promesse bilatérale est déplorable. La partie qui fait défaut de diligence contrevient manifestement à une véritable obligation en présence d'une promesse bilatérale puisqu'elle s'est engagée à parfaire le contrat définitif. Il n'est rien de tel en présence d'une promesse unilatérale dépourvue de terme fixe. Cf. les p. 394 et 395 du présent article) ; *Lessard c. Simdar inc.*, J.E. 2009-1637 (C.Q. ; *obiter dictum*) ; *Côté c. Morneau*, 2008 QCCQ 6504 (C.Q. ; *obiter dictum*) ; *Walsh c. Pelly*, J.E. 2007-47, par. 55 ; [2007] R.D.I. 46 (*obiter dictum*) ; *Placements Bertrand Fradet inc. c. Emballages Stone (Canada) inc. / Stone Container (Canada) inc.*, [2002] R.D.I. 524, J.E. 2002-1418, par. 41 à 45 (C.S. ; *obiter dictum*) ; *Blais c. Couillard*, [2005] R.D.I. 638 (C.S. ; *obiter dictum* au surplus infondé car la promesse comportait un délai déterminé qui avait expiré : la caducité de la promesse était donc indiscutable) ; *Boisvert c. Bourmival*, [1984] C.A. 133 (*obiter dictum* étant donné la conclusion de la cour au sujet de l'intransmissibilité de la promesse aux héritiers du promettant) ; *Bélaïr c. Rivest*, [1965] C.S. 587, 608 à 610 (C.S. ; *obiter dictum* vu le refus des titulaires de l'option de signer l'acte en raison des doutes sur un possible vice de titre) ; *Desjardins c. Bélanger*, (1917) 54 C.S. 77 (*obiter dictum*) ; Y. DEMERS, « Les avant-contrats », (1975) *C.P. du N.* 39, 59 ; A. WILLIAMS, « L'action en passation de titre et l'action en dommages-intérêts », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit immobilier* (1996), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 91-127, aux p. 101 et 102. Plus circonspecte, une partie de la doctrine québécoise paraît favorable à une approche au cas par cas, la renonciation étant possible si le délai raisonnable est dépassé sans que cette conclusion s'impose à tout coup : voir, semble, A. POPOVICI, « Les avant-contrats », (1995) 1 *C.P. du N.* 130, 153 ; L. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 11, Montréal, Wilson & Lafleur, 1961, p. 80 et D. PRATTE, « Conditions de formation du contrat », fasc. 3, Jurisclasser Québec, *Collection droit civil : obligations et responsabilité civile*, Montréal, LexisNexis, 2010, p. 3-1 à 3-58, n° 30 aux p. 3/20 et 3/21.

battue par plusieurs décisions en sens contraire⁷⁷ dont certaines s'alignent explicitement sur la position française⁷⁸.

La jurisprudence incline à sanctionner l'inaction du titulaire du droit d'option au seul motif qu'un délai raisonnable s'est écoulé confond *cause objective et cause subjective d'extinction des droits*⁷⁹. La renonciation se range parmi les causes subjectives d'extinction : elle suppose une volonté d'abandon avérée de la part du titulaire du droit. L'expiration d'un délai raisonnable renvoie, au contraire, à une appréciation objective fondée sur une norme extrinsèque au titulaire du droit : il se voit déchu de son droit, sans égard à sa volonté propre.

Cette même jurisprudence dénature les règles de la prescription extinctive en *abrégeant le délai d'exercice d'un droit contractuel*. Il y a tout lieu de s'inspirer de la Cour d'appel du Québec qui défend au juge d'instance d'interpréter le silence du créancier de façon à lui nier le bénéfice du temps alloué par les règles de la prescription extinctive. L'analogie avec l'arrêt *Droit de la famille – 3727* s'impose :

Le *Code civil du Québec*, à son article 2924, prévoit un délai de prescription de 10 ans dans le cas des arrérages de pension alimentaire. En principe, le débiteur alimentaire dispose donc du droit de recours jusqu'à l'échéance de ce délai. Si, par interprétation, l'on devait conclure que l'inaction d'une partie pendant une période inférieure au délai de prescription constitue, de ce seul fait, une fin de non-recevoir à son recours, il me semble que l'on écarterait une disposition claire de la loi.⁸⁰

77. *Deveaux c. Lambert*, [2003] R.L. 558 (C. Q.) ; *Agropur, coopérative agro-alimentaire c. Anjou (Ville d')*, J.E. 2001-439 (C.S.) ; *Starr c. Starr*, J.E. 91-1125 (C.A.) ; requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée) ; *Pontbriand c. Montreal Land & Housing Corp.*, [1985] C.S. 321.

78. *Ouimet c. Guilbault*, [1972] C.S. 859, 860 (*obiter dictum*) : « Le silence gardé par le bénéficiaire d'une promesse de vente ne saurait être considéré, *per se*, comme une renonciation tacite à son droit d'option (civ. 15 oct. 1962, D.1963.Somm. 47) ».

79. Cette confusion nous semble à l'œuvre dès que l'expiration d'un délai raisonnable est assimilée *per se* à une renonciation tacite. Cette assimilation parsème parfois la doctrine québécoise. Comp. D.-C. LAMONTAGNE, *Droit de la vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 18 et Y. DEMERS, « Les avant-contrats », (1975) *C.P. du N.* 39, 59.

80. *Droit de la famille – 3727*, [2000] R.D.F. 626, J.E. 2000-1922, par. 38 (C.A. Qué.). Voir encore *Lévesque-Albert c. Paradis*, 2011 QCCS 6380, par. 38 ; *Droit de la famille – 073071*, [2008] R.D.F. 173, J.E. 2008-115 (C.S. Qué.) ; *Québec (Procureure générale) c. B.T.*, [2005] R.D.F. 709, J.E. 2005-1627, par. 29 et 30 (C.A. Qué.) ; *Poirier et Houde c. Turcotte*, C.S. Rimouski, n° 100-05-001606-018, 5 nov. 2003, par. 13 : « Le recours des demandeurs [...] se prescrivait par trois ans et rien ne les obligeait à agir avant l'expiration de ce délai ».

Un grief supplémentaire peut être réservé aux décisions qui sanctionnent le défaut de célérité du titulaire du droit d'option sous le couvert d'une « renonciation tacite ». Cette tendance jurisprudentielle encore hésitante s'inscrit à contre-courant de la position de principe de la Cour d'appel du Québec qui refuse de confondre « volonté tacite » et « fin de non-recevoir » : à la supposer fautive, la passivité prolongée du créancier ne saurait se voir sanctionnée sous le couvert d'une soi-disant renonciation tacite⁸¹.

Le courant à l'étude est aussi contraire à la jurisprudence québécoise qui refuse d'assimiler volonté renonciatrice et écoulement du temps : l'absence de célérité à exercer un droit ne saurait s'assimiler à une renonciation tacite⁸². Cette règle se transpose aisément à la promesse unilatérale de contrat : l'oubli⁸³ ou la négligence⁸⁴ du titulaire de l'option ne saurait s'entendre d'une renonciation de sa part au contrat proposé.

Peut-être le positionnement jurisprudentiel à l'étude est-il, à vrai dire, mû par une considération propre à la promesse unilatérale de contrat. La solution prônée dans certaines décisions québécoises offre *un tempérament à l'état de sujétion* pourtant librement convenu par le promettant. La partie qui concède un droit potestatif à son cocontractant se déleste, de ce fait même, d'une part de liberté : elle se glisse, de son propre chef, dans une position attentiste tout en s'interdisant de faire échec à la volonté éventuelle de

81. Aussi la Cour d'appel du Québec en vint-elle à désavouer le courant jurisprudentiel qui concluait à l'existence d'une novation tacite en l'absence de toute volonté avérée du créancier de renoncer à ses droits à l'encontre du débiteur d'origine. L'on ne saurait conclure à l'intention de nover sous le couvert de vouloir sanctionner un créancier trop peu empressé de faire valoir ses droits. Si le comportement passif du créancier peut lui valoir à l'occasion une sanction, ce ne saurait être au prix d'une déformation de ses intentions réelles. Voir *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365, J.E. 2002-467, par. 24 (C.A. Qué.) et, au même effet, *Calce c. Brescia*, J.E. 2008-2283 (C.A. Qué.) ; BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd. par P.-G. JOBIN avec la collaboration de N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 853 : « [...] fin de non-recevoir et renonciation tacite à exercer un droit [laquelle] repose simplement sur le consentement, sont des concepts distincts [...] que les tribunaux confondent parfois. »

82. *Lévesque-Albert c. Paradis*, 2011 QCCS 6380, par. 38 ; *Poirier et Houde c. Turcotte*, C.S. Rimouski, n^o 100-05-001606-018, 5 nov. 2003, par. 13 et s. ; *Droit de la famille - 3727*, J.E. 2000-1922 (C.A. Qué.) ; *Bastien c. Beaulac*, J.E. 2000-1963 (C.S. Qué.) ; *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Abitbol*, J.E. 99-986, [1999] R.R.A. 718 (C.S. Qué.) ; *Great-West (La), compagnie d'assurance-vie c. Ménard*, J.E. 96-235, [1996] R.R.A. 53 (C.A. Qué.).

83. *Agropur, coopérative agro-alimentaire c. Anjou (Ville d')*, J.E. 2001-439 (C.S.).

84. *Deveaux c. Lambert*, [2003] R.L. 558, [2003] J.Q. n^o 22645, par. 39 (C.Q.).

son cocontractant. Le promettant s'interdit, par le fait même, toute mesure destinée à entraver le droit concédé au titulaire de l'option⁸⁵. L'efficacité d'un droit potestatif est, par hypothèse, « indépendante de la volonté de celui qui est amené à en subir les effets »⁸⁶. Le promettant aliène, un certain temps, sa liberté dans l'espoir de conclure, à terme, un contrat proprement synallagmatique.

Peut-être cette jurisprudence hardie entend-elle aussi accroître, plus ou moins consciemment, l'intensité du devoir de collaboration en présence d'un contrat *unilatéral*. En somme, le bénéficiaire d'une obligation consentie unilatéralement se verrait tenu d'un devoir de célérité plus exigeant de par la mise à disposition gratuite du droit qui lui fut concédé. N'a-t-on pas d'ailleurs prétendu, de manière plus générale, que l'obligation de collaboration « peut même être plus opportune dans les contrats unilatéraux du fait de leur déséquilibre »⁸⁷ ?

Pareil raisonnement ne va pourtant pas sans heurt. Est-il sensé que l'obligation de coopération se traduise par l'extinction du droit du bénéficiaire de l'option ? Du reste, l'attribution d'une promesse unilatérale de contrat sans délai d'exercice arrêté conventionnellement ne revient-elle pas, sauf exception, à renvoyer les parties au délai de prescription⁸⁸ ? *Le devoir de collaboration imposé au cocontractant ne devrait pas avoir pour conséquence première la négation des délais de prescription.*

Aussi convient-il de saluer les décisions québécoises qui, à l'instar de la position française, refusent de prononcer la déchéance du droit d'option au motif que le bénéficiaire de la promesse n'a pas levé l'option avec célérité⁸⁹. La croyance du promettant en l'extinc-

85. Voir la doctrine citée *supra*, note 35.

86. A. BRÈS, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Bibl. de droit de l'entreprise, vol. 80, Mercuès, Litec, 2009, p. 288.

87. F.-L. SIMON, « La spécificité du contrat unilatéral », *RTDciv.*2006.209, 216. Aussi certaines décisions isolées estiment-elles que le bénéficiaire d'une promesse de contrat, tout libre soit-il de ne pas lever l'option, n'en doit pas moins informer le promettant de son désintérêt dès que possible (p. 217). Rappr. *Fradette c. Fradette*, 2007 QCCS 1408, par. 97 et 98.

88. Cette proposition mérite d'être nuancée en droit québécois en raison du libellé – ambigu – de l'article 1396 C.c.Q. analysé *infra*, p. 371 à 374.

89. Cf. entre autres *Agropur, coopérative agro-alimentaire c. Anjou (Ville d')*, J.E. 2001-439 (C.S. ; délai de sept ans et demi jugé sans incidence) ; *Fournelle c. Lamoureux*, J.E. 2004-665 (C.S.) ; *Starr c. Starr*, J.E. 91-1125 (C.A. ; requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée) (délai d'une vingtaine d'années n'annihilant pas une promesse de vente stipulée sans délai déterminé).

tion possible du droit d'option ne saurait d'ailleurs justifier la conclusion comme quoi la partie passive entendait abdiquer son droit : l'existence d'une renonciation tacite ne saurait être établie par la croyance du *cocontractant*⁹⁰. En somme, la partie passive ne saurait avoir convenu de l'abandon du contrat au seul motif que son cocontractant fut amené à interpréter son inaction en ce sens⁹¹.

Si l'inaction du bénéficiaire de la promesse unilatérale de contrat amène le promettant à douter des intentions de son cocontractant, il lui suffit bien évidemment de s'enquérir des dispositions contemporaines de l'acheteur pressenti. Cette démarche semble découler elle-même du devoir de loyauté et de collaboration imposé par les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. ainsi que l'article 1134 C.c.fr. Le défaut de réponse du bénéficiaire de la promesse serait alors susceptible de signaler son désintérêt véritable⁹².

Reste une hypothèse possiblement symptomatique du malaise éprouvé dans la jurisprudence québécoise à l'endroit de la partie amenée à exercer son droit d'option d'une façon parfois aussi tardive que suspecte. Il est quelquefois permis de douter de la bonne foi de la partie désireuse de se porter acquéresse après avoir laissé s'écouler de très nombreuses années sans mot dire. La thèse de la renonciation tacite devient une parade judiciaire destinée à faire échec au stratagème de la partie qui se sera désintéressée de son option jusqu'au jour où, *par pur opportunisme*, elle se rappelle de son droit à l'occasion de la vente finalement consentie par le promettant à un tiers ou encore de la hausse subite de la valeur du bien en jeu. Les circonstances ayant accompagné, des années durant, le silence du titulaire de l'option peuvent fort bien étayer *sa volonté antérieure* de considérer son droit comme éteint. Il arrive ainsi que la

90. *Fournelle c. Lamoureux*, J.E. 2004-665, par. 41 à 46 (C.S.), au sujet d'une promesse synallagmatique ne s'étant pas traduite par la formalisation d'un contrat sans que l'un des contractants renonce pour autant à sa volonté d'acquérir le terrain en jeu ; Civ. 3^e, 5 mars 1971, Bull. III, n^o 175, p. 128.

91. Com., 17 juill. 2001, pourvoi n^o 99-11.945 ; Com., 18 janv. 1984, Bull. IV, n^o 24, p. 20 ; *RTDciv.*1985.161, obs. Mestre ; G.P.1984.2.Pan.176 ; Com., 29 nov. 1961, Bull. III, n^o 450, p. 392.

92. Comp. Civ. 3^e, 20 mai 1992, Bull. III, n^o 164, p. 100 ; D.1992.somm.397, obs. Aubert ; *RTDciv.*1993.345, obs. Mestre ; J.C.P.1992.IV.2074 ; *Placements Bertrand Fradet inc. c. Emballages Stone (Canada) inc. / Stone Container (Canada) inc.*, [2002] R.D.I. 524, J.E. 2002-1418, par. 41 à 45 (C.S.) ; M. STORCK, « Contrats et obligations. Promesse unilatérale de contrat », *Juris-Classeur*, 1^{er} App. art. 1134 et 1135, fasc. 20, 2007, n^{os} 45 et 52 de même que les observations de Mestre sous Com., 26 janv. 1993, *RTDciv.*1994.587.

partie passive se voit opposer *sa propre perception* des choses⁹³. La renonciation tacite déjoue le stratagème par trop tardif du bénéficiaire d'une promesse déjà périmée. Comment ne pas évoquer les paroles de Sainte-Beuve : « qui dit réminiscences [...] dit ressouvenirs confus, vagues, flottants, incertains, [...] réveil fortuit de traces anciennes dont l'esprit n'a pas la conscience nette et distincte »⁹⁴.

Peut-être le législateur québécois s'est-il instinctivement rendu à ces arguments, lui qui pourrait sembler imposer indirectement l'obligation de trancher dans un délai raisonnable⁹⁵. Encore convient-il de s'assurer de la véritable portée de cette disposition ambiguë.

ii) L'ambivalence de la position législative

L'article 1396 C.c.Q. est une disposition novatrice au regard de l'ancien *Code civil du Bas-Canada* :

1396. L'offre de contracter, faite à une personne déterminée, constitue une promesse de conclure le contrat envisagé, dès lors que le destinataire manifeste clairement à l'offrant son intention de prendre l'offre en considération et d'y répondre dans un délai raisonnable ou dans celui dont elle est assortie.

La promesse, à elle seule, n'équivaut pas au contrat envisagé ; cependant, lorsque le bénéficiaire de la promesse l'accepte ou lève l'option à lui consentie, il s'oblige alors, de même que le promettant, à conclure le contrat, à moins qu'il ne décide de le conclure immédiatement.

L'article 1396 C.c.Q. est source de perplexité au sein de la doctrine québécoise. Décrit tour à tour comme une « curiosité »⁹⁶

93. *Archambault c. Archambault*, 2010 QCCS 6835, par. 90 ; *Stather c. Dodier*, (1908) 18 B.R. 90, 94 à 96 ; Civ. 3^e, 13 nov. 1986, Bull. III, n^o 159, p. 124 ; *JCP*.1987.IV.25 ; Toulouse, 17 mai 1880, S.1880.2.322.

94. SAINTE-BEUVE, *Nouveaux lundis*, t. IX.

95. Certains auteurs différencient, à cet égard, l'offre et la promesse. La promesse comporterait implicitement une durée d'existence prolongée, le délai raisonnable accordé étant normalement plus considérable que celui alloué par une simple offre : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. (par J. PINEAU et S. GAUDET), Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 132 et 133 : « [...] il y a ici engagement contractuel, ce qui pourrait permettre d'allonger le délai par rapport à celui qui rend caduque l'offre simple ». Certains auteurs militent en faveur d'un délai d'exercice abrégé lorsqu'une offre de contrat est simplement « assimilée » à une promesse de vente par le truchement de l'article 1396 C.c.Q. : A. POPOVICI, « Les avant-contrats », (1995) 1 *C.P. du N.* 130, 157.

96. D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 226.

empreinte de « lacunes »⁹⁷ voire d'« ambiguïté pernicieuse »⁹⁸, cet article ne fait aucunement l'unanimité quant à sa portée exacte. Aux nombreuses carences relevées à ce jour par la doctrine s'ajoute, à notre sens, une réelle imprécision quant à la caducité ou non du droit d'option à l'expiration d'un délai raisonnable.

Il importe, en effet, de bien différencier deux notions et deux délais apparentés : l'obligation faite au promettant d'accorder un délai raisonnable au titulaire du droit d'option⁹⁹ et le délai au cours duquel peut s'exprimer valablement ce titulaire. À la première obligation correspond *un délai minimal*. À la deuxième notion correspond *un délai maximal* : le titulaire peut encore exercer l'option sauf s'il y a renoncé, s'il a laissé s'écouler le délai fixé dans la mise en demeure transmise par le promettant ou si la prescription du droit d'option est acquise. Comme le souligne finement un civiliste réputé, les durées sont multiples en présence d'une promesse de contrat : « c'est la coexistence et la mise en œuvre plus ou moins heureuse de plusieurs durées : durée pendant laquelle le promettant va devoir maintenir son engagement, durée de la possibilité pour le bénéficiaire de lever l'option, [...] etc. »¹⁰⁰.

Cette différenciation entre le délai d'attente imposé au promettant et celui, souvent plus considérable, accordé au bénéficiaire de la promesse pourrait s'accommoder du libellé relativement ambigu de l'article 1396 C.c.Q. Cette disposition énonce une seule obligation avec certitude : le promettant est tenu de réserver un délai raisonnable au titulaire de l'option¹⁰¹. Certes, les commentaires du

97. V. KARIM, *Les obligations*, vol. 1, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 284. Adde J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. (par J. PINEAU et S. GAUDET), Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 117 : selon ces auteurs, l'article 1396 C.c.Q. omet de préciser que la promesse suppose la volonté d'accorder à son destinataire l'exclusivité du contrat proposé.

98. A. POPOVICI, « Les avant-contrats », (1995) 1 *C.P. du N.* 130, 148. La version antérieure de l'article 1396 C.c.Q. n'était pas davantage exempte de reproches. Cf. V. KARIM, « Les recours appropriés en cas d'une offre ou promesse acceptée : l'action en passation de titre, l'action en exécution forcée et l'action en dommages et intérêts », (1991) 94 *R. du N.* 3, 46, au sujet des failles de l'article 1392 qui figurait à l'ancien Projet de loi 125 déposé le 18 décembre 1990.

99. Cette obligation existe dès lors que la promesse n'est pas pourvue d'un terme fixe et certain.

100. F. COLLART-DUTILLEUL, « La durée des promesses de contrat », *RDC*.2004. 15, 17.

101. « [...] à défaut d'avoir prévu un délai, il [le promettant] est tenu de maintenir sa promesse durant un délai raisonnable, le caractère raisonnable de ce délai (à suivre...)

ministre de la Justice du Québec donnent à croire que le passage d'un délai raisonnable emporte la caducité du droit d'option¹⁰², mais la jurisprudence demeure floue¹⁰³ et les observations du ministre de la Justice sont dépourvues de force contraignante¹⁰⁴. L'article 1396 C.c.Q. se garde d'ailleurs de prononcer la caducité de la promesse unilatérale de contrat à l'expiration d'un délai raisonnable, tandis que cette sanction est réservée en toutes lettres à l'offre demeurée sans suite : l'article 1392 C.c.Q. déclare « caduque » l'offre sans durée fixe laissée sans aucune réponse à l'issue d'un délai raisonnable. Il n'est donc pas avéré que le régime juridique de l'offre et celui de la promesse unilatérale de contrat soient rigoureusement identiques¹⁰⁵. Cette perspective n'a rien d'insolite : le droit civil traite avec une certaine indulgence le retard affiché par un *cocontractant*¹⁰⁶ – alors que ces égards n'ont guère lieu d'être lorsque les

(...suite)

étant laissé, là encore, à l'appréciation du tribunal selon les circonstances de l'espèce. Le code consacre ainsi les solutions antérieures. » : J. PINEAU, « Théorie des obligations », dans *La réforme du Code civil. Obligations. Contrats nommés* (textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec), Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 9-234, à la p. 41.

102. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *Le Code civil du Québec*, Les Publications du Québec, 1993, p. 847 : « [...] la promesse unilatérale deviendra caduque à l'expiration du délai dont elle est assortie ou, à défaut de délai exprès, à l'expiration d'un délai raisonnable, laissé à l'appréciation du tribunal, selon les circonstances de l'espèce. »
103. Des nombreuses décisions relatives précédemment (*supra*, note 76), aucune ne s'appuie sur le libellé de l'alinéa premier de l'article 1396 C.c.Q. afin de conclure à l'extinction du droit d'option en raison de l'expiration d'un délai raisonnable.
104. *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 14.
105. Le droit français se refuse pareillement à assimiler le régime juridique de l'offre et celui de la promesse unilatérale de contrat : *supra*, p. 357 et 358.
106. *Le droit québécois et le droit français affichent une propension véritable pour la patience envers la partie appelée à réaliser une prestation. La tardiveté ne suppose donc pas l'extinction de l'entente* et la demeure n'opère pas de plein droit à moins que la nature de l'obligation ou une clause contractuelle ne prévoient le contraire. Cf. les articles 1590 et 1595 C.c.Q. de même que les articles 1139 et 1146 C.c.fr. De nombreuses autres dispositions reprennent la même antienne et prescrivent un régime juridico-temporel favorable au débiteur. Aussi la présence d'une clause pénale ne suffit-elle pas à évacuer la nécessité de la demeure : « Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doit être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure ». Cette règle énoncée à l'article 1230 C.c.fr. fut jugée comme allant de soi en droit québécois à telle enseigne que le législateur préféra s'abstenir d'édicter une disposition analogue : *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *Le Code civil du Québec*, Les Publications du Québec, 1993, p. 1007. Le Code civil français prône un principe apparenté en matière de contrats de vente (à suivre...)

parties ne se sont aucunement liées contractuellement. La jurisprudence québécoise contemporaine n'hésite d'ailleurs pas à *faire fi* du long délai écoulé dès lors que des circonstances particulières expliquent l'atermolement du titulaire de l'option¹⁰⁷ : sagement, les tribunaux refusent de constater une renonciation alors que le bénéficiaire de l'option n'avait précisément pris aucun parti irrévocable.

L'existence même d'un devoir de célérité est d'ailleurs sujette à caution pour une autre raison. Il n'est nullement acquis que l'article 1396 C.c.Q. entende définir la promesse unilatérale de contrat. Sa portée pourrait être bien plus limitée. Prenant le contre-pied de l'opinion exprimée par le ministre de la Justice du Québec selon laquelle l'article 1396 C.c.Q. se permet de définir la promesse de contracter¹⁰⁸, de nombreux auteurs de renom estiment, à bon droit, que cette disposition se contente, beaucoup plus modestement, d'*assimiler certaines offres* à une promesse de contracter¹⁰⁹. Il est dès lors hasardeux d'extraire de l'article 1396 C.c.Q. un devoir de célérité opposable à l'ensemble des promesses de contrat.

1.2.4 L'hypothèse de la prescription

La controverse jurisprudentielle exposée précédemment est susceptible de perdre de son acuité en raison de l'abrègement des

(...suite)

(art. 1652 C.c.fr. et, en matière de vente immobilière, l'article 1656 C.c.fr.), de dépôt (art. 1936 C.c.fr.) et de mandat (art. 1996 C.c.fr.). L'obligation de payer profite elle aussi d'un climat d'indulgence, en droit québécois (art. 1600 et 1617 C.c.Q. auxquels s'ajoutent des dispositions particulières tel l'article 1883 C.c.Q.) comme français (art. 1153 C.c.fr.). Ce régime de clémence envers le contractant retardataire fait l'objet d'une étude approfondie dans notre ouvrage intitulé *La portée juridique du silence et de l'inaction en droit privé* à paraître aux Éditions Yvon Blais en 2012.

107. *Deveaux c. Lambert*, [2003] R.L. 558 (C.Q.) ; *Agropur, coopérative agro-alimentaire c. Anjou (Ville d')*, J.E. 2001-439 (C.S.) ; *Starr c. Starr*, J.E. 91-1125 (C.A.) ; requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée) ; *Ouimet c. Guilbault*, [1972] C.S. 859, 860 et, dans l'hypothèse d'une promesse synallagmatique antérieure au contrat définitif, *Moisan c. Veliotis*, [1987] R.D.I. 140, [1987] R.J.Q. 508 (C.A.).
108. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *Le Code civil du Québec*, Les Publications du Québec, 1993, p. 847.
109. D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 208 et 226 ; V. KARIM, *Les obligations*, vol. 1, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 280. Le professeur Karim de souligner que « l'offre équivaudra à une promesse si le destinataire y répond, mais en cas contraire, l'offre reste toujours une offre » (p. 284).

délais de prescription désormais préconisé en droit contemporain. L'avènement du *Code civil du Québec* et les modifications récentes apportées au Code civil français ont entraîné le raccourcissement des délais de prescription. La prescription trentenaire a été abandonnée au profit d'une prescription quinquennale en France¹¹⁰ et triennale au Québec¹¹¹.

Le raccourcissement de la prescription extinctive enserre l'exercice du délai d'option dans de nouvelles balises temporelles¹¹². Cette inflexion du droit d'option devrait suffire à satisfaire la jurisprudence parfois encline à abrégier le temps de réflexion au moyen d'une déformation de la notion de renonciation tacite. Nul besoin dorénavant de fonder une renonciation tacite sur une volonté « fantomatique »¹¹³, dès lors que le délai d'exercice du droit d'option est lui-même enserré par le législateur. La prescription extinctive encadre indirectement le délai d'exercice du droit d'option, même s'il faut se garder d'amalgamer la durée réelle de la promesse sans terme fixe et le délai de prescription¹¹⁴.

110. Voir l'article 2224 C.c.fr. de même que P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Paris, Defrénois, 2011, p. 72.

111. Cf. l'article 2925 C.c.Q. ainsi que *Carignan c. Bourassa*, 2011 QCCQ 3500 ; D.-C. LAMONTAGNE, *Droit de la vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 18 et, de manière moins catégorique, A. POPOVICI, « Les avant-contrats », (1995) 1 *C.P. du N.* 130, 153 et 154.

112. Autant la question ne fait pas l'unanimité, autant la doctrine majoritaire conclut à l'assujettissement de l'exercice du droit d'option aux règles de la prescription extinctive : B. COUTTENIER, « La durée de l'option dans la promesse unilatérale de vente », *Les Petites Affiches*, 11 mars 1998, p. 4, par. 20. La promesse unilatérale de contrat et le pacte de préférence se différencient de nouveau ; le pacte de préférence à durée indéterminée échappe au délai de prescription de droit commun (*infra*, note 116).

113. Certaines renonciations tacites reposent sur des « volontés souvent fantomatiques » : D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, t. II, Aix-en-Provence, Presses univ. d'Aix-Marseille, 2001, p. 791.

114. Sur l'imbrication délicate de la durée du droit d'option concédé sans terme fixe et le délai de prescription, voir les remarques de Y.-M. LAITHIER, *RDC*.2009.995, 997 : « [...] mené à son terme, [ce raisonnement] conduirait à énoncer que tous les contrats conclus à durée indéterminée sont en réalité, et en règle générale, conclus pour une durée de cinq ans (C.civ., art. 2224). Que le promettant puisse, passé un délai quinquennal, s'opposer à la prétention du bénéficiaire resté inactif sans motif légitime est une chose ; affirmer que, pour cette seule raison, le promettant est engagé pendant une durée de cinq ans en est une autre. Même si l'on reconnaît à la prescription libératoire un effet substantiel, celle-ci n'a ni la même nature juridique, ni le même régime, qu'un terme extinctif. Il ne faut pas perdre de vue que dans notre système juridique, le droit existe indépendamment de l'action à laquelle le phénomène de la prescription se rattache « nécessairement » » (nos italiques).

La brièveté de ce délai pourra parfois poser problème si la durée indéterminée de la promesse porte le tribunal à croire que les parties n'entendaient pas enfermer si limitativement le délai d'exercice de l'option¹¹⁵. La promesse unilatérale de vente consentie à un locataire s'inscrira parfois dans ce cas de figure. Peut-être conviendra-t-il de raisonner quelquefois par analogie avec le pacte de préférence, la Cour d'appel du Québec estimant que des circonstances propres à une espèce puissent avoir pour effet d'insuffler à cet avant-contrat une durée de vie supérieure au délai de prescription¹¹⁶.

115. Qu'il suffise de songer à l'entente analysée dans l'arrêt *Starr c. Starr*, J.E. 91-1125 (C.A. ; requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée).
116. *St-Laurent c. Ouellette*, [1984] C.A. 124, 131 (*obiter dictum*) ; *RTDciv.*1985.243, obs. Baudouin ; *Odell c. Reynolds*, AZ-90021185, [1990] R.D.I. 301 (C.S. ; *obiter dictum*) ; Civ. 1^{re}, 22 déc. 1959, *J.C.P.*1960.II.11494, note Esmein ; *RTDciv.*1960.323, obs. Carbonnier ; A. POPOVICI, « Les avant-contrats », (1995) 1 *C.P. du N.* 130, 168. Un auteur québécois contourne habilement la difficulté en estimant que la prescription désormais triennale ne court qu'à partir du moment où le bénéficiaire du pacte de préférence est en mesure de mettre son droit en œuvre : D.-C. LAMONTAGNE, *Droit de la vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 32 et, en droit français, W. DROSS, *Clausier : dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 2^e éd., Paris, Litec, 2011, p. 499 ; A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2011, p. 54 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 6^e éd., Paris, Litec, 2008, p. 28 ; M. NICOD, « Le pacte de préférence en droit patrimonial de la famille », *Droit et patrimoine*, janv. 2006, p. 53-56, à la p. 55 ; LIBCHABER sous Civ. 3^e, 15 janv. 2003, *Defrénois*.2003.852 : « [...] la prescription sanctionne l'absence d'exécution d'un droit exigible [...] » (notre soulignement) ; J.P. DÉSIDÉRI, *La préférence dans les relations contractuelles*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997, p. 328 ; MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 2, *Principaux contrats : vente et échange*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1987, p. 75 et 76 ; D. MAZEAUD, « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », *G.P.*1994.1.Doctr.210 ; Chauvel sous Civ. 3^e, 15 janv. 2003, *Droit et patrimoine*, mai 2003, p. 111 et 112 ; I. NAJJAR, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 199 à 201 et, à la p. 160 : « [...] les droits éventuels, comme les droits sous condition, ne peuvent se prescrire avant que l'éventualité ne soit réalisée. » Prenant le contre-pied de la jurisprudence française et québécoise, de rares auteurs s'insurgent contre la thèse de l'imprescriptibilité du pacte de préférence : M. DAGOT, *Le pacte de préférence*, Paris, Litec, 1988, p. 122 à 125 ; S. VALORY, « Autonomie et potestativité du pacte de préférence », *Droit et patrimoine*, déc. 2001, p. 38-43, à la p. 40 ; J. HUET, *Traité de droit civil* (sous la dir. de J. GHESTIN), *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 420. Il reste à savoir si le nouvel article 2232 C.c.fr. est susceptible de trouver application : « Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit. [...] ». (à suivre...)

Pareille analogie entre la promesse unilatérale et le pacte de préférence ne saurait toutefois occulter les différences fondamentales qui opposent ces avant-contrats.

2. LE PACTE DE PRÉFÉRENCE

La promesse unilatérale aménage un délai de réflexion en faveur du titulaire de l'option : l'attentisme contractuel est tout entier conçu au profit du créancier de l'option.

L'atermoiement s'entend différemment en présence d'un pacte de préférence. Le promettant ne concède qu'une perspective : le contrat évoqué pourra être concédé au bénéficiaire du pacte *si jamais le promettant se décidait à le conclure*. L'attentisme est dès lors le fait du promettant.

Le pacte de préférence décrète une période de latence dont l'issue est tributaire du vouloir d'une seule partie : le souscripteur du pacte de préférence a libre cours pour décider de réaliser ou non l'opération contractuelle esquissée. Cette latitude n'existe aucunement en présence d'une promesse unilatérale de contrat. La fermeté de l'engagement pris dans un cas et non dans l'autre rejait sur le régime juridique propre à chacun de ces avant-contrats¹¹⁷.

L'auteur d'une promesse unilatérale s'est d'ores et déjà commis sur le principe même du contrat futur et ses modalités essentielles. Le souscripteur d'un pacte de préférence s'est gardé de prendre pareils engagements. La latitude qu'il se réserve a un prix (négativement parlant) : il est rare que le bénéficiaire d'un pacte de préférence soit tenu de monnayer la faveur consentie... Le pacte de préférence et la promesse unilatérale se différencient, à cet égard. Le paiement d'une indemnité d'immobilisation est chose relativement courante en présence d'une promesse unilatérale de contrat : le promettant immobilise son bien, le temps que le titulaire du droit d'option se

(...suite)

La doctrine se montre indécise : T. PIAZZON, « Retour sur la violation des pactes de préférence », *RTDciv.*2009.433, 447 et 448 ainsi que le passage d'une formulation équivoque (P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Paris, Defrénois, 2009, p. 93) à une tournure plus tranchée dans P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Paris, Defrénois, 2011, p. 96.

117. Les principales différences de régime ont été exposées, *supra*, note 10.

décide. Il va souvent de soi que cette période de réflexion puisse faire l'objet d'un dédommagement en faveur de la partie tenue de conserver son bien libre de nouvelles charges durant cette même période. Cette compensation ne s'entend guère en présence d'un pacte de préférence : « En effet, les parties estiment en pratique que le débiteur de la préférence ne s'oblige à aucune prestation pendant cette période, qui puisse justifier le paiement d'une telle indemnité »¹¹⁸. Cela se comprend d'autant plus que l'attente lui est précisément attribuable ! La période d'immobilisation du bien est le fait du délai de réflexion que s'impose le bénéficiaire du droit d'option créé par la promesse unilatérale. Or, le délai d'attente est plutôt le fait du promettant en présence d'un pacte de préférence, la perspective de la conclusion du contrat demeurant latente tant et aussi longtemps que le propriétaire ne se résout pas à se départir de son bien. Au demeurant, l'engagement pris par le promettant présente des gages nettement supérieurs pour le bénéficiaire du droit d'option que pour le bénéficiaire d'un droit de préférence. Or, cet engagement *irrévo- cable* est précisément ce qui se monnaie le plus chèrement.

2.1 Le droit de préférence : de l'aménagement de l'attentisme

Le caractère embryonnaire de la volonté contractuelle caractérise le pacte de préférence. Cette convention est tout entière fondée sur l'hésitation contractuelle. Aucune des deux parties n'entend se commettre. La promesse unilatérale de contrat passe par l'engagement inaltérable du promettant ; la location ou la vente promise aura lieu, pour s'en tenir à ces deux seuls exemples, pour peu que le cocontractant choisisse de lever l'option. Or, le pacte de préférence se refuse à créer un tel miroitement.

Le pacte de préférence est marqué au coin d'une ambiguïté mutuelle. Ni le créancier ni le débiteur n'entend afficher sa résolution. Le pacte de préférence se veut une convention atypique en ce que les volontés affichées se déclarent fuyantes : la perspective d'une entente définitive n'agrée encore à aucune des parties.

Un sens de l'engagement si vacillant ne mérite guère une consécration formelle au sein du code civil. Aussi le pacte de préfé-

118. J.P. DÉSIDÉRI, *La préférence dans les relations contractuelles*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997, p. 321.

rence relève-t-il tout bonnement des contrats innommés¹¹⁹. Ni le *Code civil du Québec*, ni le Code civil français ne se sont souciés d'en définir l'essence¹²⁰. Seul l'avant-projet de réforme du Code civil français aura osé en dépeindre les traits à la faveur d'une définition particulièrement fine : « Le pacte de préférence est la convention par laquelle une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui au cas où elle déciderait de contracter »¹²¹.

Le pacte de préférence constitue un avant-contrat relatif à la négociation possible d'un contrat « futur et éventuel »¹²². L'engagement souscrit possède une portée limitée : le débiteur s'interdit de conclure un contrat définitif avec un tiers sans avoir offert, au préalable, un contrat identique au bénéficiaire du droit de préférence¹²³. Au débiteur incombe une double obligation, d'information¹²⁴ et de priorisation.

Le pacte de préférence procède à l'ordonnancement des préférences contractuelles¹²⁵. Il consent l'octroi d'un droit d'option à son

119. *St-Laurent c. Ouellette*, [1984] C.A. 124. Le Code civil italien se désintéresse également du pacte de préférence qui est relégué au rang des contrats *sui generis* : C. PERFUMI, « La vigueur restaurée du pacte de préférence dans l'ordre juridique français : points de vue comparatistes », *RDC*.2011.267, 268, 269 et 271.

120. Le *Code civil du Québec* ne se soucie aucunement de définir le pacte de préférence. Seule figure une référence furtive à cette convention préliminaire à l'article 1397 C.c.Q. :

« Le contrat conclu en violation d'une promesse de contracter est opposable au bénéficiaire de celle-ci, sans préjudice, toutefois, de ses recours en dommages-intérêts contre le promettant et la personne qui, de mauvaise foi, a conclu le contrat avec ce dernier.

Il en est de même du contrat conclu en violation d'un pacte de préférence. »

121. Art. 35, al. 1 du *Projet de réforme du droit des contrats*, ministère de la Justice de la République française, juillet 2008.

122. M. MIGNOT, « Vente. Nature et forme. Pacte de préférence », *Juris-Classeur*, art. 1589, fasc. 30, 2008, n° 2.

123. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. (par J. PINEAU et S. GAUDET), Montréal, Thémis, p. 142.

124. À l'obligation d'information s'ajoute une obligation de temporisation, le promettant étant tenu d'accorder un délai de réflexion raisonnable à l'intention du cocontractant à qui il achemine les détails de la convention envisagée avec le tiers : *Sushi Taxi inc. c. Giroux*, [2005] R.D.I. 65 (C.S.) ; J.G. RAFFRAY, « Interprétation et rédaction des pactes de préférence », *J.C.P.* éd. N 1991.I.471, 475.

125. Incarnation parfaite du contrat unilatéral, le pacte de préférence assure son bénéficiaire d'un privilège. La partie favorisée sera préférée à toute tierce personne désireuse de contracter une entente identique. Aussi a-t-on prétendu que le pacte de préférence tranche, par anticipation, « une rivalité entre deux candidats à l'acquisition » (P. VOIRIN, « Le pacte de préférence », *J.C.P.*1954. (à suivre...))

bénéficiaire¹²⁶ sans lui permettre de savoir s'il sera autorisé à l'exercer. Cette convention augure d'une possible promesse de contrat sans en offrir l'assurance¹²⁷.

Le pacte de préférence façonne l'ambivalence tout comme il la contractualise. Cette manifestation de volonté peut d'ailleurs s'analyser comme un recul par rapport à une offre ferme, la partie abordée ne recevant aucune proposition définitive. Mais le pacte

(...suite)

I.1192, par. 4, dans un passage repris, au demeurant, dans l'arrêt *St-Laurent c. Ouellette*, [1984] C.A. 124). Or, la rivalité en question peut être purement virtuelle. Rien n'interdit, en effet, au promettant de s'adresser, en tout premier lieu, au bénéficiaire du pacte en lui acheminant une offre avant même une quelconque approche auprès d'un tiers. La préférence absolue n'est-elle pas celle qui consiste à privilégier le cocontractant avant toute marque d'intérêt de la part d'un tiers ? Cette démarche effectuée, le promettant peut ensuite s'adresser ailleurs : le refus de contracter exprimé par le bénéficiaire du pacte de préférence affranchit le promettant. La convention de préférence a épuisé ses effets à la suite du refus affiché par son bénéficiaire de sorte que le promettant a libre cours pour proposer un contrat analogue à un tiers : Civ. 3^e, 29 janv. 2003, *J.C.P.* éd. E 2004.I.384, obs. Mousseron. Le pacte de préférence ne suppose donc pas l'intervention préalable d'un tiers. Cf. L. LEVENEUR, « Rapport de synthèse », *Droit et patrimoine*, janv. 2006, p. 80-85, à la p. 81 ; B. GROSS et P. BIHR, *Contrats. Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2^e éd., Paris, PUF, 2002, p. 66 ; J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, Paris, L.G.D.J., 1990, p. 194. La jurisprudence québécoise mésestime cette hypothèse : *Robichaud c. Panneton*, [1989] R.J.Q. 1267 (C.S.) et, dans une moindre mesure, *Desjardins c. Pelletier*, [2001] R.D.I. 220 (C.A.) : autant cette décision rend adéquatement compte de la convention à l'étude, autant le raisonnement retenu est trop catégorique.

126. I. NAJJAR, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 154 ; H. TURGEON, « Droit et pacte de préférence », (1952) 54 *R. du N.* 393, 398 ; D. MARTIN, « Des promesses précontractuelles », dans *Études offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité*, Paris, Litec, 2005, p. 487-498, à la p. 496 : « [...] le pacte de préférence génère moins une obligation (de faire ou de ne pas faire) à la charge du promettant qu'il ne consacre un transfert de pouvoir : par abdication, chez le promettant, du pouvoir de choisir son partenaire contractuel, et investiture corrélative du bénéficiaire du pouvoir de s'imposer comme tel ».
127. Le professeur Paulin retrace brillamment le raffermissement de la volonté contractuelle au gré de ces conventions préliminaires : « Existe-t-il entre la promesse et la préférence une identité de nature [...] ? Curieuse question. Préférer, ce n'est pas promettre. Par la préférence, le débiteur [...] ne donne pas son consentement au contrat. [...] entre préférence et promesse, il existe la même différence qu'entre éventualité et décision. Pourtant, entre préférence et promesse, il existe une différence de degré, non de nature. Préférence, promesse, constituent les étapes qui [...] conduisent à la conclusion du contrat envisagé. [...] le consentement au contrat est en germe dans le pacte de préférence. Il est affirmé dans la promesse. » (C. PAULIN, « Promesse et préférence », *RTDcom*.1998.511, 512).

affiche sa supériorité sur la pollicitation en ce qu'il participe à la création d'une véritable convention. L'engagement pris se fonde dans une convention, sans que la perspective contractuelle évoquée ne puisse équivaloir à une offre au sens propre. Le pacte de préférence symbolise les paradoxes de l'irrésolution. C'est sans compter le paradoxe – proprement juridique – de la « supériorité » d'une convention sur une offre lors même que le désir contractuel y est moins accentué... Le régime juridique du pacte lui assure, en effet, une longévité accrue par rapport à l'offre de contrat. Entre autres exemples, le pacte de préférence survit, en principe, au décès du promettant¹²⁸, alors que l'offre serait atteinte de caducité en pareilles circonstances¹²⁹ ; de même, le pacte de préférence est susceptible d'échapper au délai de prescription du droit commun¹³⁰.

Le régime juridique du pacte de préférence tient compte du particularisme de cette convention qui alterne réserves et promesses : la priorité est assurée, mais la certitude de conclure ne l'est nullement. L'équivoque entretenue fait du pacte de préférence, le « premier degré de l'avant-contrat »¹³¹, le fil primitif d'une trame incertaine.

Cette convention fondée sur l'incertitude se contente forcément de peu sur le plan de ses éléments essentiels. Le contrat envisagé et son objet se doivent d'être précisés, bien évidemment, mais le pacte de préférence n'a pas à se prononcer sur sa propre durée¹³².

128. Voir les autorités québécoises et françaises citées *infra*, note 141.

129. La caducité de l'offre est attestée par l'article 1392 C.c.Q. Le droit français retient une solution analogue (M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 2^e éd., Paris, PUF, 2010, p. 260) quoiqu'un courant doctrinal et jurisprudentiel formule des nuances selon que l'offre comporte ou non un délai déterminé : P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 11^e éd., Paris, Litec, 2010, p. 103.

130. Le pacte de préférence peut renfermer un délai implicite auquel cas le droit accordé au bénéficiaire se trouve enserré d'un point de vue temporel (*infra*, note 141). En l'absence d'un terme implicite, le pacte de préférence est susceptible d'échapper au délai de prescription de droit commun. La raison en est que le bénéficiaire ne peut exercer son droit d'option tant et aussi longtemps que le souscripteur du pacte n'a pas affiché sa volonté de conclure le contrat évoqué dans la convention préliminaire. Or, la prescription ne saurait emporter un droit qui n'est pas encore exigible. Ce thème est approfondi *supra*, note 116.

131. D. MARTIN, « Des promesses précontractuelles », dans *Études offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité*, Paris, Litec, 2005, p. 487-498, à la p. 493.

132. Civ. 3^e, 15 janv. 2003, Bull. III, n^o 9, p. 9 ; *Deffrénois*.2003.852, note Libchaber ; *J.C.P.*2003.II.10129, note Fischer-Achoura ; *D.*2003.1190, note Kenfack ; *Droit et patrimoine*, mai 2003, p. 111, obs. Chauvel ; *J.C.P.* éd. E 2004.I.384, (à suivre...)

L'engagement peut être à durée indéterminée, sans entacher la convention de nullité pour autant. Le silence de l'acte sur cette modalité temporelle ne contredit nullement l'équivoque qu'entretient, à tous égards, le pacte de préférence sur les suites à donner à l'entente...

D'ailleurs, l'incrustation dans le temps de l'engagement pris par le promettant se concilie, le plus souvent, avec la finalité même du pacte de priorité. De par leur souci de stabiliser une relation contractuelle¹³³ ou d'assurer de bons rapports familiaux¹³⁴, les auteurs du pacte de préférence ne souhaitent pas s'embarasser de délais qui iraient à l'encontre de leur volonté d'affermissement des liens¹³⁵. Il n'est dès lors aucunement surprenant que de nombreux pactes de préférence soient hostiles à l'insertion d'une durée fixe : la conclusion d'un pacte de préférence sans délai d'option atteste, le plus souvent, la volonté des parties de ne point voir leur relation bridée par des considérations temporelles.

Aussi le franchissement d'un délai raisonnable est-il dépourvu de toute portée extinctive¹³⁶. Le pacte de préférence ne saurait souf-

(...suite)

note P. Mousseron ; *Contrats-Conc.-Cons.*, 2003, n° 71, obs. Leveneur ; *RDC*.2003.45 ; *Civ.* 1^{re}, 6 juin 2001, *Bull.* I, n° 166, p. 108 ; *RTDciv.*2002.115, obs. Gautier ; *Droit et patrimoine*, déc. 2001, p. 38-43, note Valory ; *RTDciv.*2002.88, obs. Mestre et Fages ; *J.C.P.* 2002.I.134, obs. Labarthe ; *RGDA.*2001.777, obs. Roussel ; *G.P.*2002.138, note Périer. Le pacte de préférence n'est pas tenu non plus de se prononcer sur le prix envisagé : *infra*, note 137.

133. Qu'il suffise d'évoquer la relation bailleur-preneur, le bailleur souhaitant le maintien du locataire en lui offrant une clause de préférence dans l'éventualité de la vente de l'immeuble.

134. Les préférences familiales ne sont généralement pas bordées par un échéancier.

135. Rapp. T. PIAZZON, « Retour sur la violation des pactes de préférence », *RTDciv.*2009.433, 446. L'auteur convient de la durabilité naturelle du pacte de préférence en certaines circonstances, tout en désirant ménager une faculté de résiliation unilatérale en faveur du promettant. Cette dernière perspective est contestable : voir nos remarques *infra*, p. 385 à 387.

136. *Civ.* 1^{re}, 6 juin 2001, *Bull.* I, n° 166, p. 108 : « [...] la cour d'appel [...] qui a justement rappelé que la stipulation d'un délai n'est pas une condition de validité du pacte de préférence, n'avait pas à s'interroger sur une éventuelle caducité de celui-ci. » (écoulement d'un délai de plus de 9 ans) ; *RTDciv.*2002.115, obs. Gautier ; *Droit et patrimoine*, déc. 2001, p. 38-43, note Valory ; *RTDciv.*2002.88, obs. Mestre et Fages ; *J.C.P.* 2002.I.134, obs. Labarthe ; *RGDA.*2001.777, obs. Roussel ; *G.P.*2002.138, note Périer. *Adde* W. DROSS, *Clausier : dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, (à suivre...)

frir de caducité au motif qu'un laps de temps considérable s'est écoulé depuis sa conclusion.

La longévité naturelle du pacte de préférence possède des causes intrinsèques. La liberté du promettant est peu engagée. Il a su se garder de se commettre définitivement et la faible intensité de l'engagement pris peut ainsi se prolonger sans que le maintien de la promesse ne le lèse outre-mesure. En outre, l'indétermination des éléments essentiels du contrat projeté favorise l'allongement de l'engagement. Nombreux sont les pactes de préférence qui taisent, par exemple, le prix de vente envisagé ; la détermination du prix de vente n'est aucunement une condition de validité de la convention de préférence¹³⁷. Cette indétermination est de nature à insuffler une durée accrue au pacte. La fixation du prix eût présenté, en vérité, un effet pervers : la valeur arrêtée perd de son actualité au fil du temps. Ce faisant, le promettant sera de moins en moins enclin à conclure un contrat à ce prix et le bénéficiaire du pacte de préférence verra ses chances de profiter de l'entente s'amenuiser grandement¹³⁸. À l'inverse, le défaut de fixation du prix favorise le promettant en lui permettant de faire jouer, le moment venu, la concurrence entre les contractants pressentis¹³⁹. Le flou entretenu en la matière contribue à la longévité de l'accord de préférence.

(...suite)

2^e éd., Paris, Litec, 2011, p. 499 ; A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2011, p. 54 ; B. GROSS et P. BIHR, *Contrats. Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2^e éd., Paris, PUF, 2002, p. 66, 76 et 77 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 6^e éd., Paris, Litec, 2008, p. 28 ; H. KENFACK, « Validité du pacte de préférence », *Droit et patrimoine*, janv. 2006, p. 43-48, à la p. 46 ; Roussel sous Civ. 1^{re}, 6 juin 2001, RGDA.2001.777, 780. Rapp. AUGER, *infra*, note 149.

137. *Bellemarre c. Bellemarre*, B.E. 2001BE-426 (C.Q.) ; *Lachapelle c. Congrégation des Sœurs des Saints noms de Jésus et de Marie du Québec*, [1990] R.D.I. 263 (C.S.) ; *Champlain Regional College of General and Vocational Education c. Cie de construction Belcourt ltée*, [1986] R.J.Q. 804, J.E. 86-319, par. 17 (C.S.) ; D.-C. LAMONTAGNE, *Droit de la vente*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 32 et 33 ; H. TURGEON, « Droit et pacte de préférence », (1952) 54 *R. du N.* 393, 398 ; Civ. 3^e, 15 janv. 2003 et Civ. 1^{re}, 6 juin 2001, *supra*, note 132.

138. Cf. les observations de Fischer-Achoura sous Civ. 3^e, 15 janv. 2003, *J.C.P.* 2003.II.10129, par. 6.

139. Le promettant demeure ainsi à même, le moment venu, de « faire jouer la concurrence, le bénéficiaire de la priorité devant s'aligner » : Kenfack sous Civ. 3^e, 15 janv. 2003, D.2003.1190, 1193 ; Pillet sous Civ. 3^e, 23 sept. 2009, *J.C.P.*2009.479 : lier la détermination du prix à la concurrence d'un tiers protégé « le promettant contre une atteinte à son pouvoir de disposer librement. »

2.2 La révocation du droit de préférence : de la précarité de l'attentisme

La dialectique de la durée est au cœur du particularisme du pacte de préférence. Cette convention allie deux durées équivalentes : la durée de la préférence et la durée de l'équivoque. L'incertitude quant à la conclusion du contrat évoqué dans le pacte peut se prolonger d'autant plus longtemps que la préférence envers le contractant demeure inaltérée.

Il est pourtant des préférences qui s'étiolent au fil du temps : la prédilection est parfois emportée par la dérélition. Plus le temps passe, plus la tentation de l'émancipation risque d'affleurer. Ce risque est d'autant plus réel que le pacte de préférence n'est pas assujéti au délai de prescription de droit commun¹⁴⁰. Le pacte de préférence présente, en vérité, une fragilité congénitale : un contractant inscrit ses préférences dans la durée sans savoir pour autant s'il conclura un jour. Le pacte de préférence à durée indéterminée sollicite, plus que de coutume, la persistance du désir contractuel.

De telles aspirations sont parfois le prélude à la désillusion. La longévité du pacte de préférence exerce, en outre, une influence pernicieuse : elle risque d'inciter à l'*unilatéralisme* de la partie désireuse de se défaire d'un engagement exempt de tout terme explicite¹⁴¹. Pareille volonté d'affranchissement n'a pourtant rien d'assuré.

140. Voir les autorités québécoises et françaises abordées *supra*, note 116.

141. Rien n'interdit, en revanche, la conclusion selon laquelle le pacte de préférence dispose d'un terme implicite (*cf.*, par exemple, Nîmes, 21 avril 1982, *Juris-Data* 1982-764041). Il arrivera que le pacte de préférence soit conclu de concert avec une convention principale (le droit de préférence advenant la vente de l'immeuble étant accordé, par exemple, au locataire) et qu'il s'éteigne implicitement, une fois le terme de la convention principale atteint (cette question de fait amène une étude attentive des conventions en présence et ne saurait donc faire l'objet d'une règle catégorique). *Comp.* M. MIGNOT, « Vente. Nature et forme. Pacte de préférence », *JurisClasseur*, art. 1589, fasc. 30, 2008, par. 81 et 93. Il arrivera aussi que la nature *intuitu personæ* du droit de préférence rende ce droit intransmissible. Autant la jurisprudence française comme québécoise est disposée à favoriser la transmission active et passive du pacte, autant cette perspective s'éclipse lorsque les circonstances de l'espèce donnent à penser que le droit de préférence n'était ni cessible à un tiers, ni transmissible aux héritiers : *Demers c. Morency*, J.E. 2004-1581 (C.S.) ; *9099-7594 Québec inc. c. Investissements Imqua inc.*, [2001] R.D.I. 466 (C.S.) ; *Odell c. Reynolds*, AZ-90021185, [1990] R.D.I. 301 (C.S. ; *obiter*) ; *St-Laurent c. Ouellette*, [1984] C.A. 124 ; M. TANCELIN et D. GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 10^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 59 ; J. DESLAURIERS, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 100 (à suivre...)

2.2.1 L'extinction du fait du débiteur : la résiliation unilatérale du pacte de préférence

Force est de s'interroger sur la validité de la thèse selon laquelle le pacte de préférence peut être résilié « à tout moment »¹⁴² par l'une ou l'autre des parties dès lors que sa durée est indéterminée. Une décision apparentée à cette thèse n'a d'ailleurs pas manqué de se valoir la critique d'une frange de la doctrine, lors même qu'elle laisse en réalité en suspens le moyen selon lequel le pacte de préférence ne saurait être visé par la faculté de résiliation unilatérale¹⁴³.

La position favorable à la faculté de résiliation unilatérale est combattue à bon droit par de nombreux auteurs de renom¹⁴⁴. Il faut comprendre que l'anéantissement unilatéral du pacte de préférence laisse sans solution aucune le bénéficiaire de cette entente. Les pré-

(...suite)

Lafleur, 2005, p. 47 ; H. KENFACK, « Validité du pacte de préférence », *Droit et Patrimoine*, janv. 2006, p. 43-48, à la p. 47 ; M. NICOD, « Le pacte de préférence en droit patrimonial de la famille », *Droit et patrimoine*, janv. 2006, p. 53-56, à la p. 55. Relevons enfin que le pacte de préférence est inopposable au légataire à titre particulier : cf. l'analyse des articles 1441 et 1442 C.c.Q. dans *Patton c. Cappa*, [2004] R.J.Q. 2947, J.E. 2004-1122 (C.A.).

142. M. MIGNOT, « Vente. Nature et forme. Pacte de préférence », *JurisClasseur*, art. 1589, fasc. 30, 2008, par. 83 et, de manière apparentée, T. PIAZZON, « Retour sur la violation des pactes de préférence », *RTDciv.*2009.433, 446 à 448 ; L. ROZÈS, « Pacte de préférence et notions voisines », *Droit et patrimoine*, janv. 2006, p. 38-42, à la p. 40 ; L. LEVENEUR, « Rapport de synthèse », *Droit et patrimoine*, janv. 2006, p. 80-85, aux p. 83 et 85.
143. Com., 6 nov. 2007, *J.C.P.*2008.I.136, note crit. Constantin ; *D.*2008.1024, note crit. Dondero ; *Bull. Joly Sociétés*, févr. 2008, p. 125, note crit. Vamparys ; *Droit soc.*, 2008, n° 10, comm. Hovasse ; *J.C.P.* éd. E 2008.1280, n° 5, obs. Caussain, Deboissy et Wicker et, devant les juges du second degré, Paris, 15 déc. 2006, *D.*2007.162, note crit. Lienhar et les observations tout aussi critiques et judicieuses de J. MOURY, « Remarques sur la qualification, quant à la durée, des pactes d'associés », *D.*2007.2045.
144. Kenfack sous Civ. 3^e, 15 janv. 2003, *D.*2003.1190, 1193 ; H. KENFACK, « Validité du pacte de préférence », *Droit et patrimoine*, janv. 2006, p. 43-48, aux p. 46 et 47, qui souligne à raison que cette faculté ne servirait que le débiteur de l'obligation et contribuerait, ce faisant, à accentuer le déséquilibre créé par le pacte de préférence tout en contrecarrant la volonté des parties ; Libchaber sous Civ. 3^e, 15 janv. 2003, *Deffrénois.*2003.852 ; Gautier sous Civ. 1^{re}, 6 juin 2001, *RTDciv.*2002.115 ; P. Mousseron sous Civ. 3^e, 15 janv. 2003, *J.C.P.* éd. E 2004.I.384 ; Thullier sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, *JCP.* éd. N 2006.1256, ainsi que les nombreux auteurs critiques de l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 6 nov. 2007, *supra*, note 143. *Adde* Fischer-Achoura sous Civ. 3^e, 15 janv. 2003, *J.C.P.*2003.II.10129, note 8, qui, sans prendre catégoriquement parti, souligne, à juste titre, que la faculté de résiliation unilatérale ne profiterait qu'à une seule partie tout en faisant en sorte que le promettant ne fût engagé à rien.

cautions usuelles propres à la résiliation unilatérale (tel le préavis d'une durée raisonnable) sont sans objet en l'espèce, le titulaire du droit de préférence se voyant abruptement démuné sans que la convention n'ait porté une seule de ses promesses, l'auteur de l'engagement unilatéral s'en trouvant délié de par sa volonté souveraine. La faculté de mettre fin unilatéralement au pacte de préférence est de nature à annihiler cette convention avant même que la perspective dans laquelle elle fut conclue ne se soit présentée. Cette faculté purement potestative est l'antithèse du droit qu'entendait concéder la clause de préférence. Aussi est-il donné de douter de sa légalité. Comme le soulignent avec justesse des auteurs dans un contexte apparenté : « La faculté unilatérale de résiliation est destinée à mettre un terme à un engagement pour lequel aucun terme n'a été stipulé, et non à se soustraire à la force obligatoire de l'engagement »¹⁴⁵.

Il serait d'ailleurs très étonnant que le pacte de préférence laissât ainsi au dépourvu son bénéficiaire, alors même que la promesse unilatérale de contrat interdit au promettant pareille volonté de rupture unilatérale. Rappelons, d'une part, que le promettant est tenu de permettre, au préalable, l'exercice du droit d'option en transmettant une mise en demeure au bénéficiaire de l'option¹⁴⁶. Soulignons, d'autre part, que la rupture unilatérale du pacte de préférence favoriserait la ruse contractuelle, le promettant pouvant se délier pour mieux convoler avec un autre cocontractant dans les semaines ou les mois suivants.

Reste la faculté offerte au promettant de s'adresser au tribunal pour faire fixer un terme, lorsque les circonstances donnent *véritablement* à croire que les parties entendaient enserrer ce contrat d'une durée particulière sans avoir pourtant pris la précaution d'arrêter ce délai conventionnellement¹⁴⁷. L'article 1512, al. 2 C.c.Q. accorde au tribunal le pouvoir d'arrêter avec précision le terme « lorsqu'il est *de la nature de l'obligation* qu'elle soit à terme et qu'il n'y a pas de convention par laquelle on puisse le déterminer »¹⁴⁸. Pour peu fréquente qu'elle soit – il n'est pas de la nature de l'obligation contenue au pacte de préférence d'être assortie d'un

145. Caussain, Deboissy et Wicker sous Com., 6 nov. 2007, *J.C.P.* éd. E 2008.1280, n° 5.

146. Cette obligation est relatée *supra*, p. 358.

147. *Entreprises Denis Bilodeau inc. c. Miro*, 2007 QCCS 627, [2007] R.D.I. 333, de concert avec l'article 1512 C.c.Q.

148. En revanche, l'existence même de ce pouvoir fait débat en droit français : Kenfack sous Civ. 3^e, 15 janv. 2003, *D.2003.1190*, 1193.

terme¹⁴⁹ –, cette hypothèse ne saurait être exclue en présence de circonstances particulières¹⁵⁰.

2.2.2 L'extinction du fait du créancier : la renonciation au droit de préférence

Autant la volonté de désengagement unilatérale du promettant bafoue une promesse librement consentie et ne saurait être tenue pour licite, autant la volonté d'affranchissement du bénéficiaire du pacte s'aborde tout autrement. Il lui est manifestement loisible de se désintéresser de la faculté dont il dispose. La renonciation est l'apanage du titulaire de la préférence. Cela étant, le promettant soucieux de se défaire des liens contractuels sera lui-même tenté d'invoquer l'hypothèse de la renonciation tacite au droit de préférence de par le seul écoulement du temps...

Aussi convient-il de sonder la longévité d'une promesse fondée sur l'incertitude du désir contractuel.

2.2.2.1 L'inaction du bénéficiaire antérieurement à l'intérêt affiché par le tiers

Le pacte de préférence renvoie à une pure hypothèse. Une partie conjecture sur ses volontés tout en en assurant une autre de l'ordonnancement de ses préférences hypothétiques. Une telle trajectoire intellectuelle fait en sorte que cette convention ne mise généralement pas sur un quelconque empressement...

Le pacte de préférence fait état d'une volonté aléatoire. L'indécision ainsi affichée *commande l'attentisme*¹⁵¹. La conjecture évoquée dans le pacte de préférence est telle qu'il y a peu à discerner

149. Le droit est catégorique à cet égard : *supra*, p. 381 et 382, ainsi que la note 136. Adde J. AUGER, « Immobilier », (2010) 112 *R. du N.* 87, 95 : « [...] le pacte de préférence [...] a un grand potentiel de longévité. Cela tient à sa nature même. Ne pouvant être exercé qu'à la condition que celui qui l'a consenti décide de vendre le bien qui en fait l'objet, il peut s'écouler un long laps de temps entre sa naissance et sa mise en œuvre, d'autant qu'il n'est pas, par essence, *intuitu personæ*. Il n'est donc pas étonnant de voir aujourd'hui s'exercer des droits de préférence consentis sous le *Code civil du Bas Canada*, il y a 15 ans ou plus. »

150. Il suffit, pour s'en convaincre, d'examiner les circonstances à l'origine du pacte de préférence dans l'affaire *Miro*, précitée.

151. La période postérieure à la conclusion du pacte de préférence est une situation d'attente durant laquelle « le pacte est dormant » : M. MIGNOT, « Vente. Nature et forme. Pacte de préférence », *JurisClasseur*, art. 1589, fasc. 30, 2008, par. 36.

de la part du cocontractant qui se tait pendant la période – plus ou moins longue – durant laquelle l’auteur de la promesse délibère ou encore repousse sa réflexion. L’hypothèse d’une renonciation silencieuse au pacte de préférence se conçoit fort mal. Le bénéficiaire du pacte de préférence est le titulaire d’un droit d’option proprement hypothétique : il n’est point tenu de se prononcer, tant et aussi longtemps que l’autre partie ne lui a pas fait part de son désir de transiger. Comment présumer la volonté de l’intéressé de prendre parti s’il n’est pas encore appelé à choisir ? L’on comprend d’autant les réserves éprouvées à l’égard de la thèse de la renonciation passive à un pacte de préférence¹⁵².

Le silence du bénéficiaire du pacte ne porte guère à conséquence dès lors que le promettant ne s’est pas résolu à contracter¹⁵³. *L’indétermination de l’un fonde le silence de l’autre.*

Le bénéficiaire du pacte de préférence n’aurait pas davantage à réagir si le promettant en venait à engager des pourparlers avec un tiers. *Primo*, les discussions engagées avec le tiers n’obligent encore en rien le promettant qui demeure libre de ne point conclure. *Secundo*, ces tractations n’interpellent pas davantage le bénéficiaire

152. En témoignage éloquent un arrêt récent de la Cour de cassation. Un acte sous seing privé comporte une clause de préférence. Cette stipulation n’est toutefois pas reprise dans l’acte notarié. Quelque huit années plus tard, le propriétaire aliène les terrains visés par le droit de préférence sans se soucier d’en aviser le bénéficiaire de l’option. La thèse de la renonciation tacite au droit de préférence est catégoriquement repoussée par la Cour de cassation qui invalide la décision contraire rendue en appel : « Attendu que pour rejeter la demande de M. Y., l’arrêt retient qu’en n’exigeant pas du notaire qu’il reproduise dans l’acte authentique de vente la clause à laquelle il se réfère aujourd’hui, puis en se désintéressant totalement de cette question ultérieurement, M. Y. a manifestement renoncé au bénéfice de cette clause de préférence ; Qu’en statuant ainsi, la cour d’appel, qui n’a pas caractérisé la manifestation par M. Y. de son intention non équivoque de renoncer au bénéfice du pacte de préférence stipulé à son profit dans l’acte du 5 janvier 1991, n’a pas donné de base légale à sa décision. » (Civ 3^e, 17 janv. 2006, *Juris-Data* n° 04.19.787). Voir encore Gautier sous Civ. 1^{re}, 6 juin 2001, *RTDciv.*2002.115 ; F. GARRON, *La caducité du contrat (Étude de droit privé)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, p. 101 ; J.-L. BERGEL, *Les ventes d’immeubles existants*, Paris, Litec, 1983, p. 219, refusant de conclure à la renonciation tacite du seul fait de l’écoulement d’un délai normal. Rapp. *Robichaud c. Panneton*, [1989] R.J.Q. 1267 (C.S.) ; Civ. 3^e, 10 juill. 1969, *Bull.* III, n° 575, p. 433 ; Civ. 3^e, 14 nov. 1972, *J.C.P.*1972.IV.298 ; *Bull.* III, n° 600, p. 441. Pour une opinion isolée apparemment favorable à l’élargissement de la thèse de la renonciation passive en matière de pacte de préférence, voir J.P. DÉSIDÉRI, *La préférence dans les relations contractuelles*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997, p. 329 et 330.

153. Il en ira autrement si le pacte de préférence est assorti d’un terme extinctif tacite. Cf. Nîmes, 21 avril 1982, *Juris-Data* 1982-764041.

du pacte dont le droit de priorité ne sera mis en cause qu'en présence d'une offre ferme assortie d'un prix déterminé¹⁵⁴. *Tertio*, le bénéficiaire du pacte dispose du droit de forcer la divulgation des conditions du contrat noué avec le tiers¹⁵⁵. Aussi le bénéficiaire du pacte n'est-il pas tenu de s'émouvoir de l'existence de simples tractations. Son droit n'est en rien menacé par cette phase contractuelle préliminaire de sorte que son défaut de protestation ne saurait suffire à caractériser sa renonciation à formuler une offre équivalente.

2.2.2.2 *L'inaction du bénéficiaire postérieurement à la formulation de l'offre du tiers*

L'analyse se présente différemment si le bénéficiaire du pacte de préférence est informé de la vente imminente à un tiers et s'il ne daigne point donner suite à la demande dans laquelle le propriétaire, le notaire voire l'acheteur pressenti¹⁵⁶ s'enquiert de son intérêt à se porter acquéreur. Ce défaut de donner suite est de nature à accréditer la thèse de la renonciation tacite¹⁵⁷.

154. *Dussault c. Barranqueiro*, [2004] R.D.I. 309, J.E. 2004-804, par. 48, 58 et 59 (C.S. ; jugement porté en appel). Comme l'expose le juriste français Voirin dans une citation reprise à son compte par la Cour d'appel du Québec : « L'exécution du pacte de préférence est ainsi liée, non pas certes à la conclusion d'un contrat par un tiers (il n'est pas un retrait), *non pas même à des pourparlers ou tractations entre le promettant et un tiers*, mais uniquement à l'offre ferme d'un prix déterminé par un tiers. » (*St-Laurent c. Ouellette*, [1984] C.A. 124, 127 et 128 (nos italiques)). Rapp. J.P. DÉSIDÉRI, *La préférence dans les relations contractuelles*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997, p. 324, note 688.

155. *Lachapelle c. Congrégation des Sœurs des Saints noms de Jésus et de Marie du Québec*, [1990] R.D.I. 263 (C.S.) ; *Saint-Denis c. Quevillon*, (1915) 51 R.C.S. 603 ; Req., 12 janv. 1926, *RTDciv.*1926.394, obs. Demogue ; Civ. 3^e, 10 juill. 1969, Bull. III, n^o 575, p. 433 ; Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, *Contrats-Conc.-Cons.*, 1996 n^o 198, obs. Leveneur ; M. TANCELIN et D. GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 10^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 60. Cette obligation de divulgation correspond à la finalité même du pacte de préférence. N'a-t-on pas fait remarquer avec justesse que « le contrat de préférence se présente comme un contrat de négociation renforcé ou bien comme un pacte de préférence portant sur la préparation ... d'un contrat de négociation » : D. MAINGUY, « La violation du pacte de préférence », *Droit et patrimoine*, janv. 2006, p. 72, à la p. 76. Rapp. J. DESLAURIERS, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 48.

156. L'aspirant acquéreur peut se substituer au propriétaire et intimer au bénéficiaire du pacte de prendre position : *Aximco inc. c. 120301 Canada inc.*, B.E. 2005BE-1144 (C.S.), de pair avec les articles 1553 et 1555 C.c.Q. qui permettent, en certaines circonstances, à un tiers de s'acquitter des obligations dévolues au contractant.

157. Voir Civ. 3^e, 13 nov. 1986, Bull. III, n^o 159, p. 124 ; *JCP.*1987.IV.25 et, sur le plan doctrinal, P. FIESCHI-VIVET, *La promesse de contrat*, thèse Lyon II, 1973, (à suivre...)

L'expressivité du silence tient à deux causes : le titulaire du pacte de préférence est informé en temps opportun *et il se voit soudainement investi de la faculté que lui promettait précisément la convention*. Le défaut d'exercice de cette faculté indique l'absence de volonté de conclure une entente avec le promettant. Le silence ne possède aucun autre sens que celui du refus de passer acte¹⁵⁸.

Convention énigmatique par excellence, le pacte de préférence était le lieu de rencontre de volontés équivoques. L'annonce de la conclusion imminente d'un contrat avec un tiers dissipe ces brumes contractuelles. Le pacte de préférence a épuisé ses vertus lénifiantes et le silence du titulaire du droit d'option peut soudainement se révéler éloquent.

La passivité du bénéficiaire du pacte emportera des conséquences encore plus avérées, si le promettant explicite le contenu du projet de contrat envisagé avec le tiers. Ce comportement tient lieu d'offre dont la caducité deviendra acquise à l'expiration d'un délai raisonnable¹⁵⁹. Dans cette deuxième hypothèse, il n'est plus nécessaire de scruter la volonté de la partie passive. La proposition contractuelle s'éteint de par le seul écoulement d'un délai raisonnable¹⁶⁰. *Il serait toutefois excessif de conclure à l'extinction simul-*

(...suite)

p. 308 ; Demogue sous Req., 12 janv. 1926, *RTDciv.*1926.394, 395 ; M. DAGOT, *Le pacte de préférence*, Paris, Litec, 1988, p. 135 ; I. NAJJAR, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 210 : « En matière conventionnelle le silence peut et *doit être forcé* ; il n'est pas l'exercice positif d'un acte d'option. » (italiques dans l'original). Rapp. *Boutin c. Estric ltée*, J.E. 94-1805 (C.S.) ; *Nault c. Turcotte*, J.E. 2010-1678, [2010] R.D.I. 733 (rés.) (C.S. ; pourvoi rejeté, 2010 QCCA 2333) ; *Gryselier c. Grand'Maison*, [1991] R.D.I. 622, 626 (C.S. ; pourvoi rejeté par la Cour d'appel, AZ-50072447) : « Le bénéficiaire d'un droit de préférence n'a pas le droit de retarder indéfiniment la vente à la personne qui, en offrant d'acheter l'immeuble, a provoqué l'exercice de son droit. »

158. Encore faut-il que le promettant accorde un délai raisonnable au bénéficiaire du pacte pour que le silence de ce dernier puisse acquérir une signification avérée. Peu importe la date envisagée pour la signature de la convention définitive avec le tiers. Le promettant contrevient aux obligations issues du pacte de préférence s'il n'accorde pas un délai de réflexion suffisant au titulaire du droit d'option. Cf. *Sushi Taxi inc. c. Giroux*, [2005] R.D.I. 65 (C.S.) ; J.G. RAFFRAY, « Interprétation et rédaction des pactes de préférence », *J.C.P.* éd. N 1991.I.471, 475.

159. M. MIGNOT, « Vente. Nature et forme. Pacte de préférence », *Juris-Classeur*, art. 1589, fasc. 30, 2008, par. 50.

160. La thèse de la caducité de l'offre à l'expiration d'un délai raisonnable est acquise en droit québécois comme français : *supra*, note 55. Cf. aussi – par analogie – *Fradette c. Fradette*, 2007 QCCS 1408, par. 86 et 142, abordé *supra*, note 45.

tanée du droit de préférence. Certes, le droit de préférence ne pourra plus être exercé à l'égard de l'offre formulée auparavant. En revanche, le droit de priorité subsiste si, d'aventure, le promettant ne parvenait pas à conclure avec le tiers intéressé et s'il était amené à lui concéder une offre à un prix inférieur. La révision à la baisse du prix proposé suppose que le promettant fasse tenir une offre semblable au bénéficiaire du pacte¹⁶¹.

En définitive, le silence observé au sujet de l'offre proposée au tiers signale le désintérêt du bénéficiaire du droit de priorité. Il en va cependant autrement si le bénéficiaire du pacte se tait après avoir appris la violation de l'accord qui le liait au promettant. Le contrat conclu entre le promettant et le tiers est opposable au bénéficiaire du pacte¹⁶². Toute opposition étant désormais vaine, le défaut de réaction ne comporte aucune signification avérée. Aussi le bénéficiaire du pacte est-il admis à demander ultérieurement une condamnation à des dommages et intérêts, pour peu qu'il agisse dans le respect des règles de la prescription extinctive : il ne saurait se voir reprocher son silence au moment de l'annonce d'un fait accompli¹⁶³.

CONCLUSION

Le mécanisme de l'avant-contrat s'inscrit à l'encontre du phénomène de l'accélération du temps contractuel. Les parties

161. Rappr. *Nault c. Turcotte*, J.E. 2010-1678, [2010] R.D.I. 733 (rés.) (C.S. ; pourvoi rejeté, 2010 QCCA 2333).

162. Même la mauvaise foi du tiers ne saurait suffire – en droit québécois – à écarter l'accord survenu : l'article 1397 C.c.Q. assure le respect de la convention conclue sous l'empire de la mauvaise foi et n'accorde à la partie lésée que des dommages et intérêts. Le droit français se veut plus conciliant envers le bénéficiaire du pacte qui obtiendra la substitution aux droits du tiers à la condition de respecter les conditions rigoureuses arrêtées dans la jurisprudence : Civ. 3^e, 29 juin 2010, *RDC.2011.30*, note Savaux ; Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, *D.2006.1861*, notes Gautier et Mainguy. L'on ne saurait s'étonner que les juges d'instance québécois rivalisent d'imagination pour contrer les stratagèmes malhonnêtes de manière à faire fi de l'opposabilité prévue à l'article 1397 C.c.Q. : *4300912 Canada inc. c. Landry*, J.E. 2011-1339 (C.S. ; jugement porté en appel) (recours à l'action en inopposabilité de l'article 1631 C.c.Q. dite action paulienne) ; *Côté c. Bouchard*, [1995] R.J.Q. 2192 (C.S.) (l'article 1397 C.c.Q. est écarté si le promettant crée une personne morale afin de se soustraire aux obligations du pacte de préférence) ; *Emballages Montcorr ltée c. Alta industriel ltée*, [2000] R.D.I. 118 (C.S.).

163. Rappr. Civ. 3^e, 14 nov. 1972, Bull. III, n° 600, p. 441 ; *JCP.1972.IV.298* : « le silence de la Société Établissements Jacques Pierrot, seule bénéficiaire du pacte de préférence, n'impliquait pas de sa part renonciation à se prévaloir de son droit [...] » ; *Saint-Denis c. Quevillon*, (1915) 51 R.C.S. 603.

s'accordent un délai, le temps d'apprivoiser la perspective du lien obligationnel. Le pacte de préférence procure un répit aux deux parties, tandis que la promesse unilatérale de contrat se soucie de ménager le seul titulaire du droit d'option qui se voit consentir la faculté d'attendre avant de se prononcer.

Ces temps de réflexion instillent dans la relation contractuelle d'ores et déjà présente des phases de passivité. Si tant est que « le silence dans l'inaction est pour les gens simples quelque chose de contre nature »¹⁶⁴, l'on ne saurait en dire autant des auteurs d'une promesse unilatérale ou d'un pacte de préférence. Tous deux se satisfont initialement d'un attentisme muet.

Or voilà : la perspective du déliement d'un lien tissé de silences n'est pas sans complication pour le juriste appelé à sonder la persistance du désir contractuel. Le caractère ininterrompu du silence observé par le titulaire de l'option rend très délicate la tâche de lui attribuer, avec un tant soit peu de réalisme, une quelconque volonté abdicatrice. L'on comprend d'autant mieux la circonspection de la jurisprudence française qui se refuse à se satisfaire de la persistance du silence du titulaire de l'option pour en déduire la volonté de renoncer à la perspective de l'acquisition du bien promis. Le mutisme ne peut signaler un désintérêt définitif qu'en présence de circonstances précises dotées d'une véritable éloquence¹⁶⁵.

Cette jurisprudence est d'ailleurs plus hardie qu'il n'y paraît : elle émousse singulièrement le principe selon lequel le silence ne saurait valoir renonciation¹⁶⁶. Elle tient compte, ce faisant, du *particularisme de la renonciation au droit d'option*. La partie qui se détourne de son droit se trouve, de ce seul fait, libérée d'obligations éventuelles. La renonciation cesse d'être un acte extinctif purement négatif pour son auteur puisqu'elle autorise son propre affranchissement. L'on comprend d'autant mieux l'élargissement des modes d'expression de l'acte abdicatif en de telles circonstances. Cette dérogation mesurée à la thèse de l'inexpressivité du silence ne saurait toutefois connaître une plus grande ampleur. La Cour de cassation a d'ailleurs pris soin de ne prévoir aucune présomption de renonciation tacite de par le seul passage du temps.

164. M. YOURCENAR, *Maléfice*, Paris, NRF Gallimard, 1993, p. 70.

165. Un « rapport de nécessité » doit exister entre les circonstances observées et la signification attribuée au silence du titulaire de l'option : *supra*, p. 360 et 361.

166. Sur la nature sacramentelle de ce principe, voir les nombreuses autorités citées *supra*, note 64.

Cette juste précaution s'entend en droit québécois comme en droit français : un silence *inexpliqué* ne saurait suffire à traduire la volonté de renoncer à un droit. Il revient au promettant de rapporter la preuve de la vraisemblance de la renonciation et non pas au titulaire de l'option d'expliquer en quoi il n'a pas renoncé à son droit¹⁶⁷. Le créancier n'a aucunement à justifier sa passivité : pareille obligation aurait pour effet d'inverser les règles relatives à la charge de la preuve¹⁶⁸. La Cour d'appel du Québec s'en explique dans un arrêt de principe consacré aux conséquences juridiques du silence :

[...] le premier juge traite de l'inaction de l'appelante et conclut que son explication ne le « convainc » pas « de la relever de son omission d'agir en temps utile pour faire valoir ses droits », laissant ainsi entendre qu'il incombait à l'appelante de prouver qu'elle n'avait pas renoncé à son droit. Il s'agit là d'une erreur de droit. L'appelante n'avait rien à prouver. Elle avait droit aux montants découlant de l'indexation. Il incombait à l'intimé de prouver qu'elle y avait renoncé.

La renonciation du créancier alimentaire à ses droits peut être expresse ou tacite mais, dans l'un et l'autre cas, elle doit être claire. Le simple écoulement de temps, ici une dizaine d'années, n'est pas suffisant pour établir qu'il y a eu renonciation.¹⁶⁹

De la même manière, le titulaire du droit d'option n'a pas à s'expliquer à propos de son inaction. Il revient, au contraire, au pro-

167. Ainsi le veulent le libellé très explicite de l'article 2803, al. 2 C.c.Q. ainsi que l'article 1315 C.c.f. Cf. encore *Fournelle c. Lamoureux*, J.E. 2004-665 (C.S.) : la renonciation ne se présume pas et la charge de la preuve incombe à la partie qui revendique la thèse de l'extinction tacite de la promesse de vente ; *Lévesque-Albert c. Paradis*, 2011 QCCS 6380, par. 38 ; *Mercier c. 9050-0752 Québec inc.*, 2007 QCCQ 13897, par. 41 ; 2760-1699 *Québec inc. c. Lamarre*, [2004] R.D.I. 128 (C.S.) ; *Dussault c. Barranqueiro*, [2004] R.D.I. 309, J.E. 2004-804, par. 49 et 50 (C.S. ; jugement porté en appel) ; *Poirier et Houde c. Turcotte*, C.S. Rimouski, n° 100-05-001606-018, 5 nov. 2003, par. 14 et s. ; *Moisan c. Veliotis*, [1987] R.D.I. 140, 145 (C.A.).

168. Il n'incombe pas au titulaire du droit de s'expliquer quant aux délais observés au sujet de la mise en œuvre de sa créance ou de l'exécution des mesures relatives à son droit : Civ. 3^e, 19 mars 2008, G.P.2008.2529, note Brault ; RTDciv.2008.294, obs. Fages ; RTDciv.2008.688, obs. Gautier ; D.2008.1056.

169. Passage de l'arrêt *Droit de la famille – 3227*, J.E. 2000-96, par. 10 et 11 (C.A. Qué.), repris à son compte par la Cour d'appel du Québec dans les affaires *N.T. c. C.S.*, J.E. 2005-387 (C.A. Qué.), *G.M. c. T.P.*, J.E. 2003-98, par. 48 (C.A. Qué.) et *Droit de la famille – 3727*, [2000] R.D.F. 626, J.E. 2000-1922, par. 35 (C.A. Qué.). Cette jurisprudence connaît de nombreuses ramifications en d'autres domaines. La Cour d'appel du Québec n'hésite plus à désavouer les décisions de première instance portées à créer une « présomption de renonciation » : *Droit de la famille – 10304*, 2010 QCCA 317, aux par. 29 à 31 et 39. Sans le dire, la Cour se porte garante du respect de l'article 2803, al. 2 C.c.Q.

mettant d'établir, par prépondérance de preuve, l'existence de l'abdication alléguée¹⁷⁰.

Ce mécanisme protecteur de la partie passive se concilie d'ailleurs avec la singularité de la promesse unilatérale et celle du pacte de préférence. Ces deux ententes font la part belle à la précaution. L'indétermination caractérise ces deux avant-contrats et l'absence de délai conventionnel enserrant l'exercice du droit d'option concourt à l'absence apparente d'empressement¹⁷¹. Ce parti pris attentiste interdit *a priori* de donner un sens impératif au silence du titulaire de l'option. Ce qui vaut assurément pour le pacte de préférence¹⁷² vaut tout autant pour la promesse unilatérale de contrat : les bienfaits proposés par la promesse unilatérale n'auront pas suffi à persuader le destinataire de la proposition qui se résout à la réflexion. Son attitude passive n'est donc guère révélatrice à moins, bien entendu, que le promettant ne lui intime de prendre position. La raison d'être de la promesse unilatérale et le rôle dévolu au silence évoquent un dialogue tiré de l'œuvre de Valéry :

La seconde Fée

« Parle... Un mot... Même pas... Ton silence consent ? »

Faust

« Mon silence interroge : il attend qu'on m'instruise.
Je ne suis point de ceux que la faveur séduise.
Et qui ferment les yeux quand pleuvent les bienfaits. »¹⁷³

Or, ce silence purement interrogateur n'a plus lieu d'être en présence d'une promesse proprement synallagmatique. Les parties s'étant engagées réciproquement, le silence et l'inaction deviennent plus ou moins rapidement suspects en ce qu'ils contreviennent à la promesse conclue. Le défaut de donner suite à la promesse synallagmatique s'inscrit à rebours de la nature même de cet avant-contrat. L'inertie dément l'entente conclue. Il importe peu que la promesse

170. Voir les autorités en matière de promesse de contrat citées *supra*, note 167 et, par analogie, *Droit de la famille – 06915*, [2007] R.D.F. 575, J.E. 2007-1032 (C.S. Qué.) ; *G.M. c. T.P.*, J.E. 2003-98, par. 49 (C.A. Qué.) ; *Droit de la famille – 3727*, [2000] R.D.F. 626, J.E. 2000-1922, par. 35 (C.A. Qué.).

171. Rien n'interdit, bien évidemment, de conclure à l'existence d'un délai tacite pour peu que les circonstances de l'espèce le permettent réellement : *supra*, p. 351 et 352 et *supra*, p. 384, note 141.

172. Cf. nos explications *supra*, p. 387 à 389.

173. P. VALÉRY, « Le Solitaire ou les Malédictiones d'univers », dans *Mon Faust*, Folio Essais, 1990, p. 177.

synallagmatique s'entende d'un contrat définitif ou encore d'un engagement à conclure le contrat envisagé. La passation d'une promesse synallagmatique s'accommode peu ou prou de la passivité subséquente prolongée de l'une ou l'autre des parties¹⁷⁴.

Autant convenir que la signification du silence ne saurait être univoque en présence d'un avant-contrat. Le sens attribué à la passivité varie selon la nature de l'entente précontractuelle. C'est souligner la singularité de chaque catégorie d'avant-contrat et c'est dire *la polyvalence juridique du silence*. L'attitude passive ne saurait emporter des conclusions identiques d'un avant-contrat à l'autre : plus l'avant-contrat se rapproche de la conclusion définitive de la convention projetée, plus l'inaction est susceptible de se voir attribuer une portée juridique empreinte de fatalité¹⁷⁵.

174. L'inaction contredit l'engagement pris. Le délai concédé pour la passation du contrat définitif étant, sauf circonstances particulières, purement indicatif, la passivité initiale porte toutefois peu à conséquence. La partie lésée par l'inactivité du cocontractant sera tenue de le mettre en demeure avant de pouvoir conclure valablement à une défaillance contractuelle de sa part. Elle ne pourrait s'estimer déliée sans cette précaution élémentaire (art. 1594, 1595, 1597 et 1605 C.c.Q. ; *Thibeault c. Charest*, 2010 QCCQ 9055 ; *Dunn c. Hébert*, 2008 QCCS 5102 (pourvoi rejeté par la Cour d'appel, 2011 QCCA 211) ; *Midani c. Midanco inc.*, [1996] R.D.I. 11 (C.A.)). En l'absence d'interpellation, cette phase initiale de passivité ne nuit guère aux chances d'obtenir ultérieurement l'exécution en nature, puisque la prescription triennale du droit québécois ne commence à courir qu'une fois avérée la volonté du contractant de se défilier. Rapp. *Malouin c. Blondin*, 2011 QCCS 2341 (C.S. ; *obiter dictum*) ; *Gestion Nelson Grenier inc. c. Maison Armand Plante inc.*, [2002] R.D.I. 774, J.E. 2002-2093, par. 38 (C.S.). Adde J. DESLAURIERS, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 55 et 65 ; *Poirier et Houde c. Turcotte*, C.S. Rimouski, n° 100-05-001606-018, 5 nov. 2003, par. 13 : « Le recours des demandeurs [...] se prescrivait par trois ans et rien ne les obligeait à agir avant l'expiration de ce délai » ; *Lévesque-Albert c. Paradis*, 2011 QCCS 6380, par. 38.

175. Tel est le cas 1) du défaut de réaction à la suite de la demande du promettant s'enquérant de la décision du titulaire de l'option (*supra*, p. 352 à 354 et 370 (promesse unilatérale) et p. 389 à 391 (pacte de préférence) ; 2) du défaut de protestation prolongé à la suite de la violation de la promesse unilatérale de contrat (*supra*, p. 364 et 365) ; et 3) de la promesse synallagmatique demeurée sans suite.